بداية المجتهد ونهاية المقتصد

تأليف الإمام القاضي أبي الوليد

محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد

« ٥٢٠ - ٥٩٥ هـ »

تعليق وتحقيق وتخريج

محمد صبحي حسن حلاق

غفر الله له ولوالديه ولمن علمه

الجزء الرابع

الناشر

مكتبة ابن تيمية

القاهرة

هاتف ٨٦٤٢٤٠٠

توزيع

مكتبة العلم بجدة

حي الثغر هاتف ٦٨٧٧٠١٤

فرع الرياض هاتف ٤٢٦٥٤١٩


بسم الله الرحمن الرحيم


بداية المجتهد ونهاية المقتصد

الطبعة الأولى

١٤١٥ هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا

□ ٣٦ - كتاب الشركة □

والنظر في الشركة ، في أنواعها ، وفي أركانها الموجبة للصحة في الأحكام ونحن نذكر من هذه الأبواب ما اتفقوا عليه ، وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه في هذا الكتاب . والشركة بالجملة عند فقهاء الأمصار على أربعة أنواع : شركة العنان . وشركة الأبدان . وشركة المفاوضة . وشركة الوجوه . واحدة منها متفق عليها ، وهي شركة العنان ، وإن كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ ، وإن كانوا اختلفوا في بعض شروطها على ما سيأتي بعد . والثلاثة مختلف فيها ومختلف في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها .



○ القول في شركة العنان ○

وأركان هذه الشركة ثلاثة :

الأول : محلها من الأموال .

والثاني : في معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه .

والثالث : في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال .

• الركن الأول .

فأما محل الشركة ، فمنه ما اتفقوا عليه ، ومنه ما اختلفوا فيه ، فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين ؛ أعني : الدنانير والدراهم ، وإن كانت في الحقيقة بيعًا لا تقع فيه مناجزة ، ومن شرط البيع في الذهب وفي الدراهم المناجزة ، لكن الإجماع خصص هذا المعنى في الشركة ، وكذلك اتفقوا فيما أعلم على الشركة بالعرضين يكونان بصفة واحدة ، واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين وبالعيون المختلفة ، مثل الشركة بالدنانير . من أحدهما ، والدراهم من الآخر ، وبالطعام الربوي إذا كان صنفًا واحدًا ، فهاهنا ثلاث مسائل :

• المسألة الأولى .

فأما إذا اشتركا في صنفين من العروض ، أو في عروض ودراهم أو دنانير ، فأجاز ذلك ابن القاسم ، وهو مذهب مالك ، وقد قيل عنه : إنه كره ذلك . وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع ، وذلك أن يكون العرضان مختلفين ، كأن كل واحد منهما باع جزءًا من عرضه بجزء من العرض الآخر ، ومالك يعتبر في العروض إذا وقعت فيها الشركة القيم ، والشافعي يقول : لا تنعقد الشركة

إلا على أثمان العروض ، وحكى أبو حامد أن ظاهر مذهب الشافعي يشير إلى أن الشركة مثل القراض لا تجوز إلا بالدراهم والدنانير ، قال : والقياس أن الإشاعة فيها تقوم مقام الخلط .

• **المسألة الثانية .**

وأما إن كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النَّساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر ، أو بالطعامين المختلفين ، فاختلف في ذلك قول مالك ، فأجازه مرة ، ومنعه مرة ، وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف معًا وعدم التناجز ، ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز ، وبالمنع قال ابن القاسم ، ومن لم يعتبر هذه العلل أجازها .

• **المسألة الثالثة .**

وأما الشركة بالطعام من صنف واحد ، فأجازها ابن القاسم قياسا على إجماعهم على جوازها في الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها مالك في أحد قوليه وهو المشهور بعدم المناجزة الذي يدخل فيه ، إذ رأى أن الأصل هو أن لا يقاس على موضع الرخصة بالإجماع ، وقد قيل:إن وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تفتقر إلى الاستواء في القيمة ، والبيع يفتقر إلى الاستواء في الكيل ، فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد إلى استواء القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد ، فكره مالك ذلك ، فهذا هو اختلافهم في جنس محل الشركة . واختلفوا هل من شرط مال الشركة أن يختلطا إما حسًّا وإما حكمًا ، مثل أن يكونا في صندوق واحد وأيديهما مطلقة عليهما ، وقال الشافعي : لا تصح الشركة حتى يخلطا ماليهما خلطًا لا يتميز به مال أحدهما من مال الآخر ، وقال أبو حنيفة : تصح الشركة وإن كان مال كل واحد منهما بيده ، فأبو حنيفة اكتفى

في انعقاد الشركة بالقول ، ومالك اشترط إلى ذلك اشتراك التصرف في المال ، والشافعي اشترط إلى هذين الاختلاط . والفقه أن بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتم ؛ لأن النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه ، فهذا هو القول في هذا الركن وفي شروطه .

• **فأما الركن الثاني .**

وهو وجه اقتسامهما الربح ، فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان الربح تابعًا لرءوس الأموال ؛ أعني : إن كان أصل مال الشركة متساويين كان الربح بينهما نصفين . واختلفوا هل يجوز أن يختلف رءوس أموالهما ويستويان في الربح ؟ فقال مالك والشافعي : ذلك لا يجوز ، وقال أهل العراق : يجوز ذلك . وعمدة من منع ذلك أن تشبيه الربح بالخسران ، فكما أنه لو اشترط أحدهما جزءًا من الخسران لم يجز ، كذلك إذا اشترط جزءًا من الربح خارجًا عن ماله وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذي بين الشريكين ؛ أعني : أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة . وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض ، وذلك أنه لما جاز في القراض أن يكون للعامل من الربح ما اصطلحا عليه ، والعامل ليس يجعل مقابله إلا عملًا فقط ، كان في الشركة أحرى أن يجعل للعمل جزء من المال إذا كانت الشركة مالًا من كل واحد منهما وعملًا ، فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلًا لفضل عمله على عمل صاحبه ، فإن الناس يتفاوتون في العمل كما يتفاوتون في غير ذلك .

• **وأما الركن الثالث .**

الذي هو العمل ، فإنه تابع كما قلنا عند مالك للمال فلا يعتبر بنفسه ، وهو عند أبي حنيفة يعتبر مع المال ، وأظن أن من العلماء من لا يجيز الشركة إلا أن يكون مالاهما متساويين التفاتًا إلى العمل ، فإنهم يرون أن العمل في الغالب

مستو فإذا لم يكن المال بينهما على التساوي كان هنالك غبن على أحدهما في العمل ، ولهذا قال بن المنذر : أجمع العلماء على جواز الشركة التى يخرج فيها كل واحد من الشريكين مالا مثل مال صاحبه من نوعه ؛ أعني دراهم أو- دنانير ، ثم يخلطانهما حتى يصيرا مالًا واحدًا لا يتميز . على أن يبيعا ويشتريا ما رأيا من أنواع التجارة ، وعلى أن ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين ، وما كان من خسارة فهو كذلك ، وذلك إذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه ، واشتراطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافًا والمشهور عند الجمهور أنه ليس من شرط الشركاء أن يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه .

○ القول في شركة المفاوضة ○

واختلفوا في شركة المفاوضة ، فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها ، وإن كان اختلفوا في بعض شروطها ، وقال الشافعي : لا تجوز . ومعنى شركة المفاوضة أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره ، وذلك واقع عندهم في جميع أنواع الممتلكات . وعمدة الشافعي أن اسم الشركة إنما ينطلق على اختلاط الأموال ، فإن الأرباح فروع ، ولا يجوز أن تكون الفروع مشتركة إلا باشتراك أصولها ، وأما إذا اشترط كل واحد منهما ربحا لصاحبه في ملك نفسه فذلك من الغرر ومما لا يجوز ، وهذه صفة شركة المفاوضة . وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزءًا من ماله بجزء من مال شريكه ، ثم وكل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده . والشافعي يرى أن الشركة ليست هي بيعًا ووكالة . وأما أبو حنيفة فهو هاهنا على أصله في أنه لا يراعى في شركة العنان إلا النقد فقط . وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة ، فإن أبا حنيفة يرى أن من شرط المفاوضة التساوي في رءوس الأموال ، وقال مالك : ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان ، وقال أبو حنيفة : لا يكون لأحدهما شيء إلا أن يدخل في الشركة ، وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضي هذين الأمرين ؛ أعني تساوي المالين وتعميم ملكهما .

○ القول في شركة الأبدان ○

وشركة الأبدان بالجملة عند أبي حنيفة والمالكية جائزة ، ومنع منها الشافعي . وعمدة الشافعية أن الشركة إنما تختص بالأموال لا بالأعمال ، لأن ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم ، إذ كان عمل كل واحد منهما مجهولًا عند صاحبه . وعمدة المالكية اشتراك الغانمين في الغنيمة ، وهم إنما استحقوا ذلك بالعمل . وما روي من أن ابن مسعود شارك سعدًا يوم بدر[1] ، فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئًا ، فلم ينكر النبي ﷺ عليهما . وأيضا فإن المضاربة إنما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة ، وللشافعي أن المفاوضة خارجة عن الأصول فلا يقاس عليها ، وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنيمة خارجًا عن الشركة ، ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين والمكان ، وقال أبو حنيفة : تجوز مع اختلاف الصنعتين ، فيشترك عنده الدباغ والقصار ، ولا يشتركان عند مالك . وعمدة مالك زيادة الغرر الذي يكون عند اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان . وعمدة أبي حنيفة جواز الشركة على العمل .

---

(١) قلت : ليس في الحديث اطلاع النبي ﷺ على ذلك ولا عدم إنكاره .
أخرجه أبو داود (٣ /٦٨١ رقم ٣٣٨٨) ، والنسائي (٧ /٣١٩) ، وابن ماجه (٢ /٧٦٨ رقم ٢٢٨٨) ، والبيهقي (٦ /٧٩) .
عن عبد الله بن مسعود قال : « اشتركت أنا وعمار وسعد فيما نُصيب يوم بدر ، قال: فجاء سعد بأسيرين ولم أجِئْ أنا وعمار بشيء » .
وقال ابن ماجه والبيهقي : « وجاء سعد برجلين » . ولم يُذكر في الحديث « فأصاب سعد فرسين » . والله أعلم .
قلت : إسناده ضعيف ، للانقطاع بين أبي عبيدة وأبيه عبد الله بن مسعود ، فإنه لم يسمع منه . فالحديث ضعيف . وقد سكت عليه ابن حجر في التلخيص (٣/٤٩) وضعفه المحدث الألباني في الإرواء (رقم ١٤٧٤) .

○ القول في شركة الوجوه ○

وشركة الوجوه عند مالك والشافعي باطلة ، وقال أبو حنيفة : جائزة . وهذه الشركة هي الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال . وعمدة مالك والشافعي أن الشركة إنما تتعلق على المال أو على العمل ، وكلاهما معدومان في هذه المسألة مع ما في ذلك من الغرر، لأن كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص ، وأبو حنيفة يعتمد أنه عمل من الأعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة .

○ القول في أحكام الشركة الصحيحة ○

وهي من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة ، أي : لأحد الشريكين أن ينفصل من الشركة متى شاء ، وهي عقد غير موروث ، ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة إذا تقاربا في العيال ولم يخرجا عن نفقة مثلهما ، ويجوز لأحد الشريكين أن يبضع ، وأن يقارض ، وأن يودع ، إذا دعت إلى ذلك ضرورة ، ولا يجوز له أن يهب شيئًا من مال الشركة ، ولا أن يتصرف فيه إلا تصرفًا يرى أنه نظر لهما ، وأما من قصر في شيء أو تعدى ؛ فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض ، فإنه يضمن ؛ لأنه قصر إذ لم يشهد ، وله أن يقبل الشيء المعيب في الشراء ، وإقرار أحد الشريكين في مال لمن يتهم عليه ؛ لا يجوز ، وتجوز إقالته وتوليته ، ولا يضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال التجارة باتفاق ، ولا يجوز للشريك المفاوض أن يقارض غيره إلا بإذن شريكه ، ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه في مال التجارة ، وفروع هذا الباب كثيرة .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

□ ٣٧ - كتاب الشفعة □

والنظر في الشفعة أوّلا في قسمين :

القسم الأول : في تصحيح هذا الحكم وفي أركانه .

القسم الثاني : في أحكامه .



• القسم الأول .

فأما وجوب الحكم بالشفعة ، فالمسلمون متفقون عليه ، لما ورد في ذلك من الأحاديث الثابتة[1] ، إلا ما يتأمل على من لا يرى بيع الشقص المشاع ، وأركانها أربعة : الشافع ، والمشفوع عليه ، والمشفوع فيه ، وصفة الأخذ بالشفعة .

• الركن الأول .

وهو الشافع ، ذهب مالك والشافعي وأهل المدينة إلى أن لا شفعة إلا للشريك ما لم يقاسم ، وقال أهل العراق : الشفعة مرتبة ، فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ، ثم الشريك المقاسم إذا بقيت في الطرق أو في الصحن شركة ، ثم الجار الملاصق ، وقال أهل المدينة : لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم . وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب ، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب « أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء ، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة »[2] وحديث جابر أيضًا « أن

---

(١) وهي ستأتي في هذا الباب إن شاء الله .

(٢) هكذا أخرجه مالك في الموطأ (٢ /٧١٣ رقم ١) مرسلاً .
وكذلك أخرجه الشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٦٤ رقم ٥٧١) ، وأخرجه أيضاً الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤ /١٢١) ، والبيهقي (٦ /١٠٣) من طريقه .
لكن أخرجه ابن ماجه (٢ /٨٣٤ رقم ٢٤٩٧) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٢١) ، والبيهقي (٦ /١٠٤) من طرق عن مالك به إلا أنهم قالوا : عن أبي هريرة مرفوعاً . فوصلوه بذكر أبي هريرة فيه .
وقد أفاد البيهقي أن مالكاً رحمه الله كان يتردد فيه ، فمرة أرسله ، ومرة وصله عنهما ، ومرة ذكره بالشك في ذلك . والله أعلم .
وقال الألباني في الإرواء (٥ /٣٧٣) : « فلعله من أجل ذلك أعرض الشيخان عن =

رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة »
خرجه مسلم[1] والترمذي[2] وأبو داود[3] . وكان أحمد بن حنبل يقول : حديث

= روايته من طريق مالك بسنده عن أبي هريرة . والله أعلم » .
فالحديث صحيح .

(١، ٢، ٣) قلت : أما بهذا اللفظ فلم يخرجه واحد منهم .
إنما أخرجه البخاري (٤ /٤٣٦ رقم ٢٢٥٧) من طريق مَعْمَر عن الزهري ، عن أبي سلمة عن جابر ، قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يُقْسم ، فإذا وقعت الحدود وصُرفت الطرق فلا شُفعة » .
وهكذا أخرجه أحمد (٣ /٢٩٦) عن عبد الرزاق عن معمر ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٢٢) ، والبيهقي (٦ /١٠٢) من طريق معمر أيضاً ، وأخرجه أبو داود (٣ /٧٨٤ رقم ٣٥١٤) عن أحمد بن حنبل عن عبد الرزاق عن معمر به ، بلفظ « إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يُقسم ، فإذا وقعت الحدود وصُرفت الطرق فلا شفعة » .
وهكذا أخرجه ابن ماجه (٢ /٨٣٥ رقم ٢٤٩٩) ، وابن الجارود (رقم ٦٤٣) ، كلاهما عن محمد بن يحيى عن عبد الرزاق به .
وأخرجه الترمذي (٣ /٦٥٢ رقم ١٣٧٠) عن عبد بن حُمَيْد عن عبد الرزاق به ، عن جابر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » .
وأخرجه الطيالسي (ص ٢٣٥ رقم ١٦٩١) ، وأحمد (٣ /٣٧٢) ، والبيهقي (٦ /١٠٣) ، كلهم من طريق صالح بن أبي الأخضر عن الزهري به ، بلفظ : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة ما لم يقسم وتوقت الحدود » . وأخرجه مسلم (٣ /١٢٢٩ رقم ١٣٤ /١٦٠٨) من طريق أبي الزبير عن جابر ، قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ، رَبْعَة أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يُؤْذِن شريكه ، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإذا باع ولم يُؤْذِنْه فهو أحق به » .
وفي لفظ له (رقم ١٣٣ /١٦٠٨) عن جابر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « من كان له شريك في رَبْعَةٍ أو نخلٍ فليس له أن يبيع حتى يؤذِن شريكه ، فإن رضي أخذ ، =

معمر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أصح ما روي في الشفعة . وكان ابن معين يقول : مرسل مالك أحبّ إلّي ، إذ كان مالك إنما رواه عن ابن شهاب موقوفًا ، وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب في إسناده توهينًا له ، وقد روي عن مالك في غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبي هريرة[1] ، ووجه استدلالهم من هذا الأثر ما ذكر فيه من أنه إذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وذلك أنه إذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم ، فهي أحرى ألّا تكون واجبة للجار ، وأيضًا فإن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم . وعمدة أهل العراق حديث أبي رافع عن النبي ﷺ أنه قال : « الجار أحق بصقبه » وهو حديث متفق عليه[2] .

= وإن كره ترك » .

ومن هذا الطريق أي من طريق أبي الزبير عن جابر ، أخرجه أيضاً أبو داود (٣ /٧٨٣ رقم ٣٥١٣) ، والنسائي (٧ /٣٠١) ، وابن ماجه (٢ /٨٣٣ رقم ٢٤٩٢) ، والدارمي (٢ /٢٧٣ –٢٧٤) ، وابن الجارود (رقم ٦٤٢) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٢٠) ، والبيهقي (٦ /١٠٤) ، والطبراني في الصغير (١ /٣٧ رقم ٢٥) . من أوجه عن أبي الزبير وبألفاظ متعددة .

(١) كذا قال ، وإنما هو عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة عن أبي هريرة . وقد تقدم تخريجه قريباً .

(٢) قلت : ليس كذلك ، فمسلم لم يخرجه . إنما أخرجه البخاري (٤ /٤٣٧ رقم ٢٢٥٨) ، وكذلك الشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٦٥ رقم ٥٧٤) ، وأحمد (٦ /١٠ ، ٣٩٠) ، وأبو داود (٣ /٧٨٦ رقم ٣٥١٦) ، والنسائي (٧ /٣٢٠) ، وابن ماجه (٢ /٨٣٣ رقم ٢٤٩٥) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٢٣ ، ١٢٤) ، والدارقطني (٤ /٢٢٢ ، ٢٢٣ رقم ٧٠ ، ٧١ ، ٧٢) ، والبيهقي (٦ /١٠٥ ، ١٠٦) عن عمرو بن الشريد ، قال : « وقفت على سعد بن أبي وقاص فجاء المِسْوَرُ بن مخرمَةَ فوضع يدهُ على إحدى منكبيَّ ، إذ جاء أبو رافع مولى النبي ﷺ فقال : يا سعد ، ابتغ مني بيتَيَّ في دارك ، فقال سعد : والله ما أبتاعُهما ، فقال المسورُ : والله لتبتاعنَّهما ، فقال سعد : والله لا أزيدُك على أربعة آلاف مُنجَّمة =

وخرج الترمذي(١) وأبو داود(٢) عنه ﷺ أنه قال : « جارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَار الجارِ » وصححه الترمذي ، ومن طريق المعنى لهم أيضًا أنه لما كانت الشفعة ، إنما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة ، وكان هذا المعنى موجودًا في الجار وجب أن يلحق به ، ولأهل المدينة أن يقولوا : وجود الضرر في الشركة أعظم منه في الجوار . وبالجملة فعمدة المالكية أن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه ، وأن من اشترى شيئًا فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص ، وقد تعارضت الآثار في هذا الباب ، فوجب أن يرجح ما شهدت له الأصول ، ولكلا القولين سلف متقدم لأهل العراق من التابعين ، ولأهل المدينة من الصحابة .

- **الركن الثاني .**

وهو المشفوع فيه ، اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار

= أو مُقطَّعة ، قال أبو رافع : لقد أُعطيتُ بها خمسمائة دينار ، ولولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « الجار أحَقُّ بسَقَبِهِ » ما أعطيتُكَها بأربعةِ آلاف وأنا أُعطَى بها خمسمائة دينار ، فأعطاها إياه » واللفظ للبخاري واقتصر أكثر الباقين على ذكر المرفوع . وهو عند جميعهم من حديث عمرو بن الشريد عن أبي رافع به .

قلت : وفي الباب : عن جابر ، وابن عباس ، وسمرة بن جندب ، وأنس ، وعبادة ابن الصامت ، وعلي ، وابن مسعود ، وعمرو بن حريث ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ، وعبد الله بن عمر بن الخطاب ، ويزيد بن الأسود .

انظر تخريج أحاديثهم في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء البيوع ، باب الشفعة .

(١) في السنن (٣ /٦٥٠ رقم ١٣٦٨) وقال : حديث حسن صحيح .

(٢) في السنن (٣ /٧٨٧ رقم ٣٥١٧) .

قلت : وأخرجه أحمد (٥ /٨ ، ١٢) ، وابن الجارود (رقم ٦٤٤) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٢٣) ، والبيهقي (٦ /١٠٦) ، والطيالسي (صـ١٢٢ رقم ٩٠٤) من طرق عن قتادة ، عن الحسن ، عن سمرة ، وهو حديث حسن .

والأرضين كلها ، واختلفوا فيما سوى ذلك . فتحصيل مذهب مالك أنها في ثلاثة أنواع :

أحدها : مقصود ، وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين .

والثاني : ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول ، وذلك كالبئر ومحال النخل ، ما دام الأصل فيها على صفة تجب فيَها الشفعة عنه ، وهو أن يكون الأصل الذي هو الأرض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم .

والثالث : ما تعلق بهذه كالثمار ، وفيها عنه خلاف ، وكذلك كراء الأرض للزرع وكتابة المكاتب .

واختلف عنه في الشفعة في الحمام والرحا ، وأما ما عدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده ، وكذلك لا شفعة عنده في الطريق ، ولا في عرصة الدار . واختلف عنه في أكرية الدور ، وفي المساقاة ، وفي الدين ، هل يكون الذي عليه الدين أحق به ، وكذلك الذي عليه الكتابة ، وبه قال عمر بن عبد العزيز . وروي « أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة في الدين »[1] وبه قال أشهب من أصحاب مالك ، وقال ابن القاسم : لا شفعة في الدين . ولم يختلفا في إيجابها في الكتابة لحرمة العتق . وفقهاء الأمصار على أن لا شفعة إلا في العقار فقط . وحكي عن قوم أن الشفعة في كل شيء ما عدا المكيل الموزون ، ولم يجز أبو حنيفة الشفعة في البئر والفحل ، وأجازها في العرصة والطريق ، ووافق الشافعي مالكًا في العرصة وفي الطريق وفي البئر ، وخالفاه جميعًا في الثمار . وعمدة الجمهور في قصر الشفعة على العقار ما ورد في الحديث الثابت من قوله ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيما لَمْ يُقْسمْ فإذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلا شُفْعَةَ »[2]

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨ /٨٨ رقم ١٤٤٣٣) وفي سنده الأسلمي : وهو إبراهيم بن محمد ، وهو متروك .

(٢) تقدم تخريجه قريباً .

فكأنه قال : الشفعة فيما تمكن فيه القسمة ما دام لم يقسم ، وهذا استدلال بدليل الخطاب ، وقد أجمع عليه في هذا الموضع فقهاء الأمصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال به . وأما عمدة من أجازها في كل شيء فما خرجه الترمذي[1] عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : « الشَّرِيكُ شَفِيعٌ والشُّفْعَةُ في كُلِّ شيءٍ » ولأن معنى ضرر الشركة والجوار موجود في كل شيء ، وإن كان في العقار أظهر ، ولما لحظ هذا مالك ، أجرى ما يتبع العقار مجرى العقار . واستدل أبو حنيفة على منع الشفعة في البئر بما روي « لا شُفْعَةَ في بئر »[2] ومالك حمل هذا الأثر على آبار الصحاري التي تعمل في الأرض الموات ، لا التي تكون في أرض متملكة .

• الركن الثالث .

وأما المشفوع عليه فإنهم اتفقوا على أنه من انتقل إليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عند من يرى الشفعة للجار . واختلفوا فيمن انتقل

---

(١) في السنن (٣ /٦٥٤ رقم ١٣٧١) .
قلت : وأخرجه الطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٢٥) ، والدارقطني (٤ /٢٢٢ رقم ٦٩) ، والبيهقي (٦ /١٠٩) .
كلهم من طريق أبي حمزة السُّكَّرِيِّ ، عن عبد العزيز بن رُفَيْع عن ابن أبي مُليكة عن ابن عباس به .
قال الترمذي : « هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث أبي حمزة السكري ، وقد روى غيرُ واحدٍ عن عبد العزيز بن رفيع ، عن ابن أبي مليكة ، عن النبي ﷺ مرسلًا . وهـذا أصـح » اهـ .
وقال الدارقطني : « خالفه – يعني : أبا حمزة – شعبة وإسرائيل وعمرو بن أبي قيس وأبو بكر بن عياش فرووه ، عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة مرسلاً ، وهو الصواب ، ووهم أبو حمزة في إسناده » .
والخلاصة أن الحديث ضعيف .

(٢) هذا من كلام عثمان بن عفان لا من كلام النبي ﷺ .
أخرجه مالك في الموطأ (٢ /٧١٧ رقم ٤) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٧ /١٧٢) .

إليه الملك بغير شراء ، فالمشهور عند مالك : أن الشفعة إنما تجب إذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وأرش الجنايات وغير ذلك ، وبه قال الشافعي ، وعنه رواية ثانية : أنها تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض ، كالهبة لغير الثواب والصدقة ، ما عدا الميراث ؛ فإنه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق . وأما الحنفية فالشفعة عندهم في المبيع فقط ، وعمدة الحنفية ظاهر الأحاديث ، وذلك أن مفهومها يقتضي أنها في المبيعات ، بل ذلك نص فيها لا في بعضها « فلا يبع حتى يستأذن شريكه »[1] . وأما المالكية فرأت أن كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع ، ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط . وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبي حنيفة ولا الشافعي ، أما أبو حنيفة ، فلأن الشفعة عنده في المبيع ، وأما الشافعي ؛ فلأن هبة الثواب عنده باطلة ، وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه في أن الشفعة فيها واجبة . واتفق العلماء على أن المبيع الذي بالخيار ، أنه إذا كان الخيار فيه للبائع أن الشفعة لا تجب حتى يجب البيع ... واختلفوا إذا كان الخيار للمشتري ؟ فقال الشافعي والكوفيون : الشفعة واجبة عليه ؛ لأن البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه ، وقيل : إن الشفعة غير واجبة عليه ؛ لأنه غير ضامن ، وبه قال جماعة من أصحاب مالك . واختلف في الشفعة في المساقاة ، وهي تبديل أرض بأرض ، فعن مالك في ذلك ثلاث روايات : الجواز ، والمنع ، والثالث : أن تكون المناقلة بين الأشراك أو الأجانب فلم يرها في الأشراك ورآها في الأجانب .

• الركن الرابع : في الأخذ بالشفعة .

والنظر في هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع ، وكم يأخذ ، ومتى يأخذ ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن إن كان حالًا ، واختلفوا إذا كان البيع إلى أجل هل يأخذه الشفيع بالثمن إلى ذلك الأجل ، أو يأخذ المبيع بالثمن حالًا ،

(١) تقدم من حديث جابر في أول أحاديث الباب .

وهو مخير ؟ فقال مالك : يأخذه بذلك الأجل إذا كان مليًا أو يأتي بضامن مليء ، وقال الشافعي : الشفيع مخير ، فإن عجل تعجلت الشفعة وإلا تتأخر إلى وقت الأجل ، وهو نحو قول الكوفيين ، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد ؛ لأنها قد دخلت في ضمان الأول ، قال : ومنا من يقول : تبقى في يد الذي باعها ، فإن بلغ الأجل أخذها الشفيع . والذين رأوا الشفعة في سائر المعاوضات مما ليس ببيع فالمعلوم عنهم ، أنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص إن كان العوض مما ليس يتقدر ، مثل أن يكون معطى في خلع . وإما أن يكون معطى في شيء يتقدر ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلًا ولا موزونًا ، فإنه يأخذه بقيمة ذلك الشيء الذي دفع الشقص فيه ، وإن كان ذلك الشيء محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر ، مثل أن يدفع الشقص في موضحة وجبت عليه أو منقلة ، فإنه يأخذه بدية الموضحة أو المنقلة . وأما كم يأخذ ؟ فإن الشفيع لا يخلو أن يكون واحدًا أو أكثر ، والمشفوع عليه أيضًا لا يخلو أن يكون واحدًا أو أكثر . فأما أن الشفيع واحد والمشفوع عليه واحد فلا خلاف في أن الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع ، وأما إذا كان المشفوع عليه واحدًا والشفعاء أكثر من واحد فإنهم اختلفوا من ذلك في موضعين :

أحدهما : في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم .

والثاني : إذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضًا عن الشفعة أم لا ؟ مثل أن يكون بعضهم شركاء في المال الذي ورثوه ؛ لأنهم أهل سهم واحد ، وبعضهم لأنهم عصبة .

• فأما المسألة الأولى .

وهي كيفية توزيع المشفوع فيه ، فإن مالكًا والشافعي وجمهور أهل المدينة يقولون : إن المشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم ، فمن كان نصيبه

من أصل المال الثلث مثلًا أخذ من الشقص بثلث الثمن ، ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع . وقال الكوفيون : هي على عدد الرءوس على السواء ، وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الأكبر وذو الحظ الأصغر . وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم ، فوجب أن يتوزع على مقدار الأصل ، أصله الأكرية في المستأجرات المشتركة والربح في شركة الأموال ، وأيضًا فإن الشفعة إنما هي لإزالة الضرر ، والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء ؛ لأنه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته ، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة . وعمدة الحنفية أن وجوب الشفعة إنما يلزم بنفس الملك فيستوفي ذلك أهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم في نفس الملك ، وربما شبهوا ذلك بالشركاء في العبد يعتق بعضهم نصيبه ، أنه يقوّم على المعتقين على السوية ؛ أعني : حظ من لم يعتق .

• **وأما المسألة الثانية .**

فإن الفقهاء اختلفوا في دخول الأشراك الذين هم عصبة في الشفعة مع الأشراك الذين شركتهم من قبل السهم الواحد ، فقال مالك : أهل السهم الواحد أحق بالشفعة ، إذا باع أحدهم من الأشراك معهم في المال من قبل التعصيب ، وأنه لا يدخل ذو العصبة في الشفعة على أهل السهام المقدرة ويدخل ذوو السهام على ذوي التعصيب ، مثل أن يموت ميت فيترك عقارًا ترثه عنه بنتان وابنا عم ثم تبيع البنت الواحدة حظها ، فإن البنت الثانية عند مالك هي التي تشفع في ذلك الحظ الذي باعته أختها فقط دون ابني العم ، وإن باع أحد ابني العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثاني ، وبهذا القول قال ابن القاسم وقال أهل الكوفة : لا يدخل ذوو السهام على العصبات ولا العصبات على ذوي السهام ، ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة ، وبه قال أشهب ، وقال الشافعي في أحد قوليه : يدخل ذوو السهام على العصبات والعصبات على ذوي السهام ، وهو

الذي اختاره المزني ، وبه قال المغيرة من أصحاب مالك . وعمدة مذهب الشافعي عموم قضائه ﷺ بالشفعة بين الشركاء ، ولم يفصل ذوي سهم من عصبة . ومن خصص ذوي السهام من العصبات فلأنه رأى أن الشركة مختلفة الأسباب ؛ أعني : بين ذوى السهام وبين العصبات فشبه الشركات المختلفة الأسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذي هو المال بالقسمة بالأموال . ومن أدخل ذوي السهام على العصبة ولم يدخل العصبة على ذوي السهام فهو استحسان على غير قياس ، ووجه الاستحسان أنه رأى أن ذوي السهام أقعد من العصبة . وأما إذا كان المشفوع عليهما اثنين فأكثر فأراد الشفيع على أن يشفع أحدهما دون الثاني ، فقال ابن القاسم : إما أن يأخذ الكل أو يدع ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي : له أن يشفع على أيهما أحب ، وبه قال أشهب . فأما إذا باع رجلان شقصًا من رجل ، فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني ، فإن أبا حنيفة منع ذلك ، وجوزه الشافعي . وأما إذا كان الشافعون أكثر من واحد ؛ أعني : الأشراك ، فأراد بعضهم أن يشفع وسلم له الباقي في البيوع ، فالجمهور على أن للمشتري أن يقول للشريك : إما أن تشفع في الجميع أو تترك ، وأنه ليس له أن يشفع بحسب حظه إلا أن يوافقه المشتري على ذلك ، وأنه ليس له أن يبعض الشفعة على المشتري إن لم يرض بتبعيضها . وقال أصبغ من أصحاب مالك : إن كان ترك بعضهم الأخذ بالشفعة رفقا بالمشتري لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ حصته فقط .

ولا خلاف في مذهب مالك أنه إذا كان بعض الشفعاء غائبًا وبعضهم حاضرًا ، فأراد الحاضر أن يأخذ حصته فقط أنه ليس له ذلك ، إلا أن يأخذ الكل أو يدع . فإذا قدم الغائب فإن شاء أخذ وإن شاء ترك . واتفقوا على أن من شرط الأخذ بالشفعة أن تكون الشركة متقدمة على البيع . واختلفوا هل من شرطها أن تكون موجودة في حال البيع ، وأن تكون ثابتة قبل البيع ؟.

• **فأما المسألة الأولى .**

وهي إذا لم يكن شريكًا في حال البيع ، وذلك يتصور بأن يكون يتراخى عن الأخذ بالشفعة بسبب من الأسباب التي لا يقطع له الأخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذي كان به شريكًا . فروى أشهب أن قول مالك اختلف في ذلك ، فمرة قال : له الأخذ بالشفعة ، ومرة قال : ليس له ذلك ، واختار أشهب أنه لا شفعة له ، وهو قياس قول الشافعي والكوفيين ؛ لأن المقصود بالشفعة إنما هو إزالة الضرر من جهة الشركة ، وهذا ليس بشريك . وقال ابن القاسم : له الشفعة إذا كان قيامه في أثره ؛ لأنه يرى أن الحق الذي وجب له لم يرتفع ببيعه حظه .

• **وأما المسألة الثانية .**

فصورتها أن يستحق إنسان شقصًا في أرض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقص مًّا ، هل له أن يأخذ بالشفعة أم لا ؟ فقال قوم : له ذلك ، لأنه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ، ولا فرق في ذلك كانت يده عليه أو لم تكن ، وقال قوم : لا تجب له الشفعة ؛ لأنه إنما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق ، قالوا : ألا ترى أنه لا يأخذ الغلة من المشترى ، فأما مالك فقال : إن طال الزمان فلا شفعة ، وإن لم يطل ففيه الشفعة ، وهو استحسان . وأما متى يأخذ وهو له الشفعة ؟ فإن الذي له الشفعة رجلان حاضر أو غائب . فأما الغائب فأجمع العلماء على أن الغائب على شفعته مالم يعلم ببيع شريكه ، واختلفوا إذا علم وهو غائب ، فقال قوم : تسقط شفعته ، وقال قوم : لا تسقط ، وهو مذهب مالك ، والحجة له ما روي عن النبي ﷺ من حديث جابر أنه قال : « الجارُ أحَقُّ بِصَقَبِهِ »[1] أو قال « بِشُفْعَتِهِ يَنْتَظِرُ بِهَا إذَا كانَ غائِبًا »[2] وأيضا فإن الغائب في الأكثر معوق عن الأخذ بالشفعة ، فوجب

(١) تقدم تخريجه قريباً .

(٢) أخرجه أبو داود (٣ /٧٨٧ رقم ٣٥١٨) ، والترمذي (٣ /٦٥١ رقم ١٣٦٩) ،=

عذره . وعمدة الفريق الثاني أن سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه بإسقاطها . وأما الحاضر ، فإن الفقهاء اختلفوا في وقت وجوب الشفعة له ، فقال الشافعي وأبو حنيفة : هي واجبة له على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب ، فإن علم وأمكن الطلب و لم يطلب بطلت شفعته ، إلا أن أبا حنيفة قال : إن أشهد بالأخذ لم تبطل وإن تراخى . وأما مالك فليست عنده على الفور ، بل وقت وجوبها متسع ، واختلف قوله في هذا الوقت : هل هو محدود أم لا ؟ فمرة قال : هو غير محدود وأنها لا تنقطع أبدًا إلا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييرًا كثيرًا بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ، ومرة حدد هذا الوقت ، فروي عنه السنة وهو الأشهر ، وقيل : أكثر من سنة ، وقد قيل عنه : إن الخمسة أعوام لا تنقطع فيها الشفعة . واحتج الشافعي بما روي أنه ﷺ قال « الشُّفْعَةُ كَحَلِّ العِقالِ »[1] وقد

= وابن ماجه (٢ /٨٣٣ رقم ٢٤٩٤) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٢٠) ، والبيهقي (٦ /١٠٦) ، وأحمد (٣ /٣٥٣) ، والطيالسي (ص ٢٣٤ رقم ١٦٧٧) .
كلهم من رواية عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء ، عن جابر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « الجار أحق بشفعته ، يُنْتَظَرُ به وإن كان غائباً ، إذا كان طريقهما واحداً » .
قال الترمذي : « هذا حديث حسن غريب ، ولا نعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان ، عن عطاء ، عن جابر ، وقد تكلم شعبة في عبد الملك بن أبي سليمان من أجل هذا الحديث ، وعبد الملك هو ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث ، وقد روى وكيع عن شعبة عن عبد الملك هذا الحديث . وروى ابن المبارك عن سفيان الثوري قال : عبد الملك ابن أبي سليمان ميزان ، يعني : في العلم » .
وهو حديث صحيح . وقد صححه الألباني في الإرواء (رقم ١٥٤٠) .

(١) أخرجه ابن ماجه (٢ /٨٣٥ رقم ٢٥٠٠) ، والبيهقي (٦ /١٠٨) ، والخطيب في تاريخ بغداد (٦ /٥٧) .
كلهم من طريق محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر ، قال : قال النبي ﷺ : « لا شفعة لغائب ولا صغير ولا شريك على شريك إذا سبقه بالشراء والشفعة كحلِّ العِقال » واقتصر ابن ماجه على حديث الترجمة . =

روي عن الشافعي أن أمدها ثلاثة أيام . وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على أن السكوت لا يبطل حق امرىء مسلم مالم يظهر من قرائن أحواله ما يدلّ على إسقاطه ، وكان هذا أشبه بأصول الشافعي ؛ لأن عنده أنه ليس يجب أن ينسب إلى ساكت قول قائل ، وإن اقترنت بهِ أحوال تدل على رضاه ، ولكنه فيما أحسب اعتمد الأثر ، فهذا هو القول في أركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقي القول في الأحكام .

= وقال البيهقي (محمد بن الحارث البصري متروك ، ومحمد بن عبد الرحمن البيلماني ضعيف . ضعفهما يحيى بن معين وغيره من أئمة أهل الحديث » .

وقال ابن أبي حاتم في « العلل » (١ /٤٧٩) عن أبي زرعة : « هذا حديث منكر ، لا أعلم أحداً قال بهذا ، الغائب له شفعته والصبي حتى يكبر » .

وقال الحافظ في « التلخيص » (٣ /٥٦) بعد أن عزاه لابن ماجَهْ والبزار : « وإسناده ضعيف جداً ، وقال ابن حبان : لا أصل له ، وقال البيهقي : ليس بثابت » .

والخلاصة : أن الحديث ضعيف جداً .

○ القسم الثاني ○

[القول في أحكام الشفعة]

وهذه الأحكام كثيرة ، ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الأمصار ، فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة ، فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يباع ، وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز إلى أنها موروثة قياسًا على الأموال وقد تقدم .

سبب الخلاف في هذه المسائل في مسألة الرد بالعيب ، ومنها اختلافهم في عهدة الشفيع : هل هي على المشتري أو على البائع ؟ فقال مالك والشافعي : هي على المشتري ، وقال ابن أبي ليلى : هي على البائع . وعمدة مالك أن الشفعة إنما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشتري وصحته ، فوجب أن تكون عليه العهدة . وعمدة الفريق الآخر أن الشفعة إنما وجبت للشريك بنفس البيع ، فطروّها على البيع فسخ له وعقد لها . وأجمعوا على أن الإقالة لا تبطل الشفعة ، من رأى أنها بيع ومن رأى أنها فسخ ؛ أعني : الإقالة . واختلف أصحاب مالك ، على من عهدة الشفيع في الإقالة ؟ فقال ابن القاسم : على المشتري ، وقال أشهب : هو مخير . ومنها اختلافهم إذا أحدث المشتري بناء أو غرسًا أو ما يشبه في الشقص قبل قيام الشفيع ، ثم قام الشفيع يطلب شفعته ، فقال مالك : لا شفعة إلا أن يعطي المشتري قيمة ما بنى وما غرس ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : هو متعدٍّ وللشفيع أن يعطيه قيمة بنائه مقلوعًا أو يأخذه بنقضه .

والسبب في اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق

وقد بنى في الأرض وغرس ، وذلك أنه وسط بينهما ، فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ القيمة ، ومن غلب عليه شبه التعدي قال : له أن يأخذه بنقضه أو يعطيه قيمته منقوضًا . ومنها اختلافهم إذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن ، فقال المشتري : اشتريت الشقص بكذا ، وقال الشفيع : بل اشتريته بأقل ، ولم يكن لواحد منهما بينة ، فقال جمهور الفقهاء : القول قول المشتري ؛ لأن الشفيع مدعٍ والمشفوع عليه مدعى عليه ، وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا : القول قول الشفيع ؛ لأن المشتري قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقدارًا من الثمن لم يعترف له به . وأما أصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسألة ، فقال ابن القاسم : القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه باليمين ، فإن أتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع ، وقال أشهب : إذا أتى بما يشبه فالقول قول المشتري بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين . وحكي عن مالك أنه قال : إذا كان المشتري ذا سلطان يعلم بالعادة أنه يزيد في الثمن ، قُبِلَ قول المشتري بغير يمين وقيل إذا أتى المشتري بما لا يشبه رُدَّ الشفيع إلى القيمة ، وكذلك فيما أحسب إذا أتى كل واحد منهما بما لا يشبه . واختلفوا إذا أتى كل واحد منهما ببينة وتساوت العدالة ، فقال ابن القاسم : يسقطان معًا ويرجع إلى الأصل من أن القول قول المشتري مع يمينه . وقال أشهب : البينة بينة المشتري ؛ لأنها زادت علمًا .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٣٨ - كتابُ القِسْمَة □

والأصل في هذا الكتاب قوله : ﴿ **وإذَا حَضَرَ القِسْمَةَ أولوا القُرْبَى** ﴾[(١)] وقوله : ﴿ **مِمَّا قَلَّ مِنهُ أوْ كَثُرَ نَصِيبا مَفْرُوضا** ﴾[(٢)] وقول رسول الله ﷺ : « أيُّما دارٍ قُسِّمَتْ في الجاهِلِيَّةِ فَهِيَ عَلى قِسْمِ الجاهِلِيَّة وأيُّما دَارٍ أدْرَكَها الإسْلامُ وَلَمْ تُقْسَمْ فَهِيَ عَلى قِسْمِ الإسْلامِ »[(٣)] والنظر في هذا الكتاب في القاسم والمقسوم عليه ، والقسمة والنظر في القسمة في أبواب .

الباب الأول : في أنواع القسمة .

---

(١) النساء : الآية (٨) .

(٢) النساء : الآية (٧) .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٢ /٧٤٦ رقم ٣٥) والشافعي عنه ، عن ثور بن زيد الديلي ، قال : بلغني أن رسول الله ﷺ قال : « أيما دار .. » وذكره .
قلت : وأخرجه موصولاً أبو داود (٣ /٣٣٠ رقم ٢٩١٤) ، وابن ماجه (٢ /٨٣١ رقم ٢٤٨٥) .
من طريق موسى بن داود ، ثنا محمد بن مسلم الطائفي ، عن عمرو بن دينار ، عن أبي الشعثاء جابر بن زيد ، عن ابن عباس ، عن النبي ﷺ قال : « كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم عليه ، وكل قسم قسم في الإسلام فهو على ما قسم في الإسلام » .
وهو حديث صحيح ، وقد صححه الألباني في الإرواء (رقم ١٧١٧) .

الثاني : في تعيين محل نوع نوع من أنواعها ؛ أعني : ما يقبل القسمة وما لا يقبلها ، وصفة القسمة فيها وشروطها ؛ أعني : فيما يقبل القسمة .

الثالث : في معرفة أحكامها .

○ الباب الأول ○

[في أنواع القسمة]

والنظر في القسمة ينقسم أولا إلى قسمين : قسمة رقاب الأموال . والثاني : منافع الرقاب .

• القسم الأول من هذا الباب .

فأما قسمة الرقاب التي لا تكال ولا توزن ، فتقسم بالجملة إلى ثلاثة أقسام : قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مراضاة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مراضاة بغير تقويم ولا تعديل . وأما ما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن .

• القسم الثاني .

وأما الرقاب ، فإنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام : ما لا ينقل ولا يحول ، وهي الرباع والأصول . وما ينقل ويحول ، وهذان قسمان : إما غير مكيل ولا موزون ، وهو الحيوان والعروض ، وإما مكيل أو موزون . ففي هذا الباب ثلاثة فصول : **الأول** : في الرباع . **والثاني** : في العروض . **والثالث** : في المكيل والموزون .

○ الفصل الأول ○

[في الرباع]

فأما الرباع والأصول ، فيجوز أن تقسم بالتراضي وبالسهمة إذا عدلت بالقيمة ، اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقًا مجملًا ، وإن كانوا اختلفوا في محل ذلك وشروطه . والقسمة لا تخلو أن تكون في محل واحد أو في محالّ كثيرة ، فإذا كانت في محل واحد فلا خلاف في جوازها إذا انقسمت إلى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الأجزاء بالانقسام ويجبر الشركاء على ذلك ، وأما إذا انقسمت إلى ما لا منفعة فيه ، فاختلف في ذلك مالك وأصحابه ، فقال مالك : إنها تقسم بينهم إذا دعا أحدهم إلى ذلك ، ولو لم يصر لواحد منهم ، إلا ما لا منفعة فيه مثل قدر القدم ، وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وعمدتهم في ذلك قوله تعالى : ﴿ **مما قلّ منه أو كثر نصيبا مفروضًا** ﴾[1] وقال ابن القاسم : لا يقسم إلا أن يصير لكل واحد في حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلة عليه في الانتفاع من قبل القسمة ، وإن كان لا يراعى في ذلك نقصان الثمن . وقال ابن الماجشون : يقسم إذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به ، وإن كان من غير جنس المنفعة التي كانت في الاشتراك أو كانت أقل . وقال مطرف من أصحابه : إن لم يصر في حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم وإن صار في حظ بعضهم ما ينتفع به ، وفي حظ بعضهم ما لا ينتفع به قسم وجبروا على ذلك ، سواء دعا إلى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير ، وقيل : يجبر إن دعا صاحب النصيب القليل ، ولا يجبر إن دعا صاحب النصيب.

---

(١) النساء : الآية (٧) .

الكثير ، وقيل : بعكس هذا ، وهو ضعيف . واختلفوا من هذا الباب فيما إذا قسم انتقلت منفعته إلى منفعة أخرى مثل الحمام ، فقال مالك : يقسم إذا طلب ذلك أحد الشريكين ، وبه قال أشهب ، وقال ابن القاسم : لا يقسم ، وهو قول الشافعي . فعمدة من منع القسمة قوله ﷺ : « لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ »[1] وعمدة

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢ /٧٨٤ رقم ٢٣٤٠) ، والبيهقي (١٠ /١٣٣) ، وعبد الله ابن الإمام أحمد من حديث طويل من زوائد المسند (٥ /٣٢٦ -٣٢٧) كلهم من رواية موسى بن عقبة ، عن إسحاق بن يحيى بن الوليد ، عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه .

قال البوصيري في « مصباح الزجاجة » (٢ /٣٣ رقم ٨٢٧) : « هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع .. » قلت : لأن إسحاق بن يحيى بن الوليد لم يدرك عبادة بن الصامت . قاله البخاري والترمذي وابن حبان وابن عدي . في المرجع السابق (٢ /١٤ رقم ٧٨٣) .

وقال الهيثمي في « مجمع الزوائد » (٢٠٤/٤) : « رواه عبد الله بن أحمد بن حنبل ، وإسحاق لم يدرك عبادة » .

● وللحديث شاهد من حديث أبي سعيد الخدري .

أخرجه الدارقطني (٣ /٧٧ رقم ٢٨٨) و (٤ /٢٢٨ رقم ٨٥) ، والحاكم (٢ /٥٧ -٥٨) ، والبيهقي (٦ /٦٩ - ٧٠) .

كلهم من طريق الدراوردي ، عن عمرو بن يحيى المازني ، عن أبيه ، عنه .

وقال الحاكم : حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ، وأقره الذهبي .

وقال البيهقي : تفرد به عثمان بن محمد عن الدراوردي . ورواه مالك (٢ /٧٤٥ رقم ٣١) عن عمرو بن يحيى عن أبيه ، أن رسول الله ﷺ قال : « لا ضرر ولا ضرار » مرسلاً . ورجال إسناده ثقات من رجال الشيخين .

وعثمان بن محمد بن عثمان بن ربيعة بن أبي عبد الرحمن ، ليس من رواة مسلم ، ولا على شرطه ، قال عبد الحق في أحكامه : الغالب على حديثه الوهم . كما في الميزان (٣ /٥٣) .

● وله شاهد آخر ، من حديث ابن عباس .

أخرجه ابن ماجه (٢ /٧٨٤ رقم ٢٣٤١) من حديث جابر الجعفي عن عكرمة ، =

من رأى القسمة قوله تعالى : ﴿ مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضًا ﴾ ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه[1] « لا تَعْضِيَةَ عَلى أَهْلِ المِيراثِ إلَّا ما حَمَلَ القَسْم » والتعضية : التفرقة ، يقول : لا قسمة بينهم . وأما إذا كانت الرباع أكثر من واحد ، فإنها لا تخلو أيضًا أن تكون من نوع واحد أو مختلفة الأنواع ، فإذا كانت متفقة الأنواع فإن فقهاء الأمصار في ذلك مختلفون ، فقال مالك : إذا كانت متفقة الأنواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهيمة ، وقال أبو حنيفة والشافعي : بل يقسم كل عقار على حدته ، فعمدة مالك أنه أقل للضرر

= عنه مرفوعاً .

قال البوصيري في « مصباح الزجاجة » (٢ /٣٣ رقم ٨٢٨) : « هذا إسناد فيه جابر وقد اتهم . رواه أحمد في مسنده - (١ /٣١٣) - والدارقطني في سننه - (٤ /٢٢٨ رقم ٨٤) - من حديث ابن عباس أيضاً ، وله شاهد من حديث أبي صرمة رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه » اهـ .

● وله شاهد من حديث أبي هريرة .

أخرجه الدارقطني (٤ /٢٢٨ رقم ٨٦) . وفيه ابن عطاء وهو يعقوب ضعفه أحمد وابن معين . وقال أبو حاتم : ليس بالقوي . (انظر تهذيب التهذيب (١١ /) وفي الباب : من حديث جابر ، وعائشة ، وعمرو بن عوف ، وثعلبة بن أبي مالك القرظي ، وأبي لبابة .

والخلاصة أن الحديث صحيح بطرقه وشواهده .

(١) كذا قال عن جابر ، عن أبيه ، وهو غريب ، فإن جابرا لا تعرف له رواية عن أبيه . والحديث من رواية محمد بن أبي بكر بن حزم ، عن أبيه . أخرجه البيهقي (١٠ /١٣٣) بلفظ « لا تعضية في ميراث إلا ما حمل القسم » وأخرجه الدارقطني (٤ /٢١٩ رقم ٦٠) ، والبيهقي (١٠ /١٣٣) من طريق روح بن عبادة عن ابن جريج به باللفظ الذي ذكره ابن رشد ، ونقل البيهقي عن الشافعي في « القديم » أنه قال : « لا يكون مثل هذا الحديث حجة لأنه ضعيف ، وهو قول من لقينا من فقهائنا » . قال البيهقي : وإنما ضعفه لانقطاعه ، وهو قول الكافة .

فالحديث ضعيف . والله أعلم .

الداخل على الشركاء من القسمة . وعمدة الفريق الثاني أن كل عقار تعينه بنفسه ؛ لأنه تتعلق به الشفعة . واختلف أصحاب مالك إذا اختلفت الأنواع المتفقة في النَّفاق وإن تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال ، وأما إذا كانت الرباع مختلفة مثل أن يكون منها دور ومنها حوائط ومنها أرض ، فلا خلاف أنه لا يجمع في القسمة بالسهمة ، ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة أن لا تقسم مع الثمرة إذا بدا صلاحها باتفاق في المذهب ؛ لأنه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤوس الثمر وذلك مزابنة . وأما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك : أما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الإبار بحال من الأحوال ، ويعتل لذلك ؛ لأنه يؤدي إلى بيع طعام بطعام متفاضلًا ، ولذلك زعم أنه لم يجز مالك شراء الثمر الذي لم يطب بالطعام لا نسيئة ولا نقدًا ، وأما إن كان بعد الإبار ، فإنه لا يجوز عنده إلا بشرط أن يشترط أحدهما على الآخر أن ما وقع من الثمر في نصيبه فهو داخل في القسمة ، ومالم يدخل في نصيبه فهم فيه على الشركة ، والعلة في ذلك عنده أنه يجوز اشتراط المشتري الثمر بعد الإبار ، ولا يجوز قبل الإبار ، فكأن أحدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التى وقعت له في القسمة بحظه من الثمرات التي وقعت لشريكه واشترط الثمر . وصفة القسم بالقرعة أن تقسم الفريضة وتحقق وتضرب إن كان في سهامها كسر إلى أن تصح السهام ، ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها ، ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة ، فربما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من موضع آخر على قيم الأرضين ومواضعها ، فإذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت في بطائق أسماء الأشراك وأسماء الجهات ، فمن خرج اسمه في جهة أخذ منها ، وقيل يرمى بالأسماء في الجهات ، فمن خرج اسمه في جهة أخذ منها ، فإن كان أكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى يتم حظه ، فهذه هي حال قرعة السهم في الرقاب . والسهمة إنما جعلها الفقهاء في القسمة تطييبًا لنفوس المتقاسمين ، وهي موجودة في الشرع

في مواضع : منها قوله تعالى : ﴿ فَساهَمَ فَكانَ مِنَ المُدْحَضِينَ ﴾[1] وقوله : ﴿ وَما كُنْتَ لَدَيْهِمْ إذْ يُلْقُونَ أقْلامَهُمْ أيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾[2] ومن ذلك الأثر الثابت[3] الذي جاء فيه « أن رجلًا أعتق ستة أعبد عند موته ، فأسهم رسول الله ﷺ بينهم ، فأعتق ثلث ذلك الرقيق » . وأما القسمة بالتراضي سواء كانت بعد تعديل وتقويم ، أو بغير تقويم وتعديل ، فتجوز في الرقاب المتفقة والمختلفة ؛ لأنها بيع من البيوع ، وإنما يحرم فيها ما يحرم في البيوع .

---

(1) الصافات : الآية (٨٧) .

(2) آل عمران : الآية (٤٤) .

(3) أخرجه مسلم (٣ / ١٢٨٨ رقم ٥٦ / ١٦٦٨) ، وأبو داود (٤ / ٢٦٦ رقم ٣٩٥٨) ، والترمذي (٣ /٦٤٥ رقم ١٣٦٤) ، وابن ماجه (٢ /٧٨٦ رقم ٢٣٤٥) ، والبيهقي (١٠ /٢٨٥) ، وأحمد (٤ /٤٢٦) ، والطيالسي (١ /٢٨٢ رقم ١٤٣٤ – منحة المعبود) .

من حديث عمران بن حصين « أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته ، ولم يكن له مال غيرهم ، فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال له قولاً شديداً ، ثم دعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء ، فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة » .

○ الفصل الثاني ○

[في العروض]

وأما الحيوان والعروض ، فاتفق الفقهاء على أنه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل في ذلك . واختلفوا إذا تشاح الشريكان في العين الواحدة منهما ، ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشياع ، وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه ، فقال مالك وأصحابه : يجبر على ذلك ، فإن أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التي أعطى فيها أخذه ، وقال أهل الظاهر: لا يجبر ، لأن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع . وحجة مالك أن في ترك الإجبار ضررًا ، وهذا من باب القياس المرسل ، وقد قلنا في غير ما موضع : إنه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار إلا مالك ، ولكنه كالضروري في بعض الأشياء . وأما إذا كانت العروض أكثر من جنس واحد ، فاتفق العلماء على قسمتها على التراضي ، واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهمة ، فأجازها مالك وأصحابه في الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبي سلمة وابن الماجشون . واختلف أصحاب مالك في تمييز الصنف الواحد الذي تجوز فيه السهمة من التي لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه في بعض . وأما ابن القاسم فاضطرب ، فمرة أجاز القسم بالسهمة فيما لا يجوز تسليم بعضه في بعض ، فجعل القسمة أخف من السلم ، ومرة منع القسمة فيما منع فيه السلم ، وقد قيل إن مذهبه أن القسمة في ذلك أخف ، وأن مسائله التي يظن من قبلها أن القسمة عنده أشد من السلم ، تقبل التأويل على أصله الثاني . وذهب ابن حبيب إلى أنه يجمع في القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخز والحرير والقطن والكتان .

وأجاز أشهب جمع صنفين في القسمة بالسهمة مع التراضي ، وذلك ضعيف ؛ لأن الغرر لا يجوز بالتراضي .

○ الفصل الثالث ○

[في معرفة أحكامها]

فأما المكيل والموزون ، فلا تجوز فيه القرعة باتفاق إلا ما حكى اللخمي ، والمكيل أيضًا لا يخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فزائدًا ، فإن كان صنفًا واحدًا ، فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالكيل أو الوزن إذا دعا إلى ذلك أحد الشريكين ، ولا خلاف في جواز قسمته على التراضي على التفضيل البين كان ذلك من الربوي أو من غير الربوي ؛ أعني : الذي لا يجوز فيه التفاضل ، ويجوز ذلك بالكيل المعلوم والمجهول ، ولا يجوز قسمته جزافًا بغير كيل ولا وزن . وأما إن كانت قسمته تحريًا ، فقيل : لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون ، ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في جواز بيعه تحريًا . وأما إن لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين ، فإن كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل ، فلا تجوز قسمتها على جهة الجمع إلا بالكيل المعلوم فيما يكال ، وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن ؛ لأنه إذا كان بمكيال مجهول لم يدركم يحصل فيه من الصنف الواحد إذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم ، وهذا كله على مذهب مالك ؛ لأن أصل مذهبه أنه يحرم التفاضل في الصنفين إذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير ، وأما إن كان مما يجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالمكيال المعروف أو الصنجة المعروفة ؛ أعني : على جهة الجمع وإن كانا صنفين ، وهذا الجواز كله في المذهب على جهة الرضا . وأما في واجب الحكم فلا تنقسم كل صبرة إلا على حدة ، وإذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيال المعلوم والمجهول ، فهذا كله هو حكم القسمة التي تكون في الرقاب .

○ القول في القسم الثاني وهو قسمة المنافع ○

فأما قسمة المنافع ، فإنها لا تجوز بالسهمة على مذهب ابن القاسم ، ولا يجبر عليها من أباها ، ولا تكون القرعة على قسمة المنافع . وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يجبر على قسمة المنافع ، وقسمة المنافع هي عند الجميع بالمهايأة ، وذلك إما بالأزمان وإما بالأعيان . أما قسمة المنافع بالأزمان فهو أن ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه . وأما قسم الأعيان بأن يقسما الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة ، والرقاب باقية على أصل الشركة . وفي المذهب في قسمة المنافع بالزمان اختلاف في تحديد المدة التي تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الانتفاع ، مثل استخدام العبد ، وركوب الدابة ، وزراعة الأرض ، وذلك أيضًا فيما ينقل ويحوَّل ، أو لا ينقل ولا يحول . فأما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه في المدة الكثيرة ويجوز في المدة اليسيرة ، وذلك في الاغتلال والانتفاع ، وأما فيما لا ينقل ولا يحول ، فيجوز في المدة البعيدة والأجل البعيد ، وذلك في الاغتلال والانتفاع . واختلفوا في المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول في الاغتلال فقيل : اليوم الواحد ونحوه ، وقيل : لا يجوز ذلك في الدابة والعبد . وأما الاستخدام فقيل يجوز في مثل الخمسة الأيام ، وقيل في الشهر وأكثر من الشهر قليلًا . وأما التهايؤ في الأعيان بأن يستعمل هذا دارًا مدة من الزمان ، وهذا دارًا تلك المدة بعينها ، فقيل يجوز في سكنى الدار وزراعة الأرضين ، ولا يجوز ذلك في الغلة والكراء إلا في الزمان اليسير ، وقيل يجوز على قياس التهايؤ بالأزمان ، وكذلك القول في استخدام العبد والدواب يجري القول فيه على الاختلاف في

قسمتها بالزمان . فهذا هو القول في أنواع القسمة في الرقاب ، وفي المنافع ، وفي الشروط المصححة والمفسدة . وبقي من هذا الكتاب القول في الأحكام .

○ القول في الأحكام ○

والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها إلا بالطوارىء عليها . والطوارىء ثلاثة : غبن ، أو وجود عيب ، أو استحقاق . فأما الغبن فلا يوجب الفسخ إلا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب ، إلا على قياس من يرى له تأثير في البيع ، فيلزم على مذهبه أن يؤثر في القسمة . وأما الرد بالعيب ، فإنه لا يخلو عن مذهب ابن القاسم أن يجد العيب في جل نصيبه أو في أقله ، فإن وجده في جل نصيبه ، فإنه لا يخلو أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فات أو لم يفت ، فإن كان قد فات رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه ، وإن كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة إلى أصلها ، وإن كان العيب في أقل ذلك رد ذلك الأقل على أصل الشركة فقط ، سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت ، ورجع على شريكه بنصف قيمة الزيادة ولا يرجع في شيء مما في يده وإن كان قائما بالعيب . وقال أشهب : والذي يفيت الرد قد تقدم في كتاب البيوع . وقال عبد العزيز بن الماجشون : وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضي ، لأن التي بالتراضي ، هي بيع ، وأما التي بالقرعة فهي تمييز حق ، وإذا فسخت بالغبن وجب أن تفسخ بالرد بالعيب . وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب إن كان المستحق كثيرًا وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكًا فيما في يديه ، وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يديه ، وإن كان يسيرًا رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء . وقال محمد : إذا استحق ما في يد أحدهما بطلت القسمة في قسمة القرعة ؛ لأنه قد تبين أن القسمة لم

تقع على عدل كقول ابن الماجشون في العيب وأما إذا طرأ على المال حق فيه مثل طوارىء الدين على التركة بعد القسمة أو طروّ الوصية أو طروّ وارث ، فإن أصحاب مالك اختلفوا في ذلك . فأما إن طرأ الدين قيل في المشهور في المذهب وهو قول ابن القاسم : إن القسمة تنتقض إلا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم ، وسواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم أو لم تكن ، هلكت بأمر من السماء أو لم تهلك . وقد قيل أيضًا : إن القسمة إنما تنتقض بيد من بقي في يده حظه و لم تهلك بأمر من السماء ، وأما من هلك حَظُّه بأمر من السماء فلا يرجع عليه بشيء من الدين ، ولا يرجع هو على الورثة بما بقي بأيديهم بعد أداء الدين ، وقيل بل تنتقض القسمة ولابد لحق الله تعالى لقوله : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصية يُوصَى بِهَا أو دين ﴾[1] وقيل بل تنتقض إلا في حق من أعطى منه ما ينوي به من الدين ، وهكذا الحكم في طرو الموصى له على الورثة . وأما طرو الوارث على الشركة بعد القسمة وقبل أن يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة ، وأخذ من كل واحد حظه إن كان ذلك مكيلًا أو موزونًا وإن كان حيوانًا أو عروضًا انتقضت القسمة ، وهل يضمن كل واحد منهم ما تلف في يده بغير سبب منه ؟ فقيل يضمن ، وقيل لا يضمن .

---

(١) النساء : الآية (١١ ، ١٢) .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٣٩ - كتاب الرهون □

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى : ﴿ ولَمْ تَجدُوا كاتبا فرِهَانٌ مَقْبَوضَةٌ ﴾[١] والنظر في هذا الكتاب في الأركان وفي الشروط وفي الأحكام ، والأركان هي النظر في الراهن والمرهون والمرتهن والشيء الذي فيه الرهن وصفة عقد الرهن .

(١) البقرة : الآية (٢٨٣) .



• الركن الأول :

فأما الراهن فلا خلاف أن من صفته أن يكون غير محجور عليه من أهل السداد ، الوصي يرهن لمن يلي النظر عليه إذا كان ذلك سدادًا ودعت إليه الضرورة عند مالك ، وقال الشافعي : يرهن لمصلحة ظاهرة ويرهن المكاتب والمأذون عند مالك . قال سحنون : فإن ارتهن في مال أسلفه لم يجز ، وبه قال الشافعي . واتفق مالك والشافعي على أن المفلس لا يجوز رهنة ، وقال أبو حنيفة : يجوز ، واختلف قول مالك في الذي أحاط الدين بماله هل يجوز رهنه ؟ أعني : هل يلزم أم لا يلزم ؟ فالمشهور عنه أنه يجوز ؛ أعني قبل أن يفلس ، والخلاف آيل إلى هل المفلس محجور عليه أم لا ؟ وكل من صح أن يكون راهنا صح أن يكون مرتهنا .

• الركن الثاني :

وهو الرهن ، وقالت الشافعية : يصح بثلاثة شروط :

الأول أن يكون عينًا ، فإنه لا يجوز أن يرهن الدين .

الثاني أن لا يمتنع إثبات يد الراهن المرتهن عليه كالمصحف ، ومالك يجيز رهن المصحف ولا يقرأ فيه المرتهن ، والخلاف مبني على البيع .

الثالث أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الأجل ، ويجوز عند مالك أن يرتهن ما لا يحل بيعه في وقت الارتهان كالزرع والثمر لم يبد صلاحه ولا يباع عنده في أداء الدين إلا إذا بدا صلاحه ، وإن حل أجل الدين ، وعن الشافعي قولان في رهن الثمر الذي لم يبد صلاحه ، ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع ، قال أبو حامد : والأصح جوازه ، ويجوز عند مالك رهن مالم يتعين كالدنانير والدراهم إذا طبع عليها ، وليس من شرط الرهن أن يكون ملكًا

للراهن لا عند مالك ولا عند الشافعي بل قد يجوز عندهما أن يكون مستعارًا . واتفقوا على أن من شرطه أن يكون إقراره في يد المرتهن من قبل الراهن . واختلفوا إذا كان قبض المرتهن له بغصب ثم أقره المغصوب منه في يده رهنا فقال مالك : يصح أن ينقل الشيء المغصوب من ضمان الغصب إلى ضمان الرهن ، فيجعل المغصوب منه الشيء المغصوب رهنًا في يد الغاصب قبل قبضه منه ، وقال الشافعي : لا يجوز بل يبقى على ضمان الغصب إلا أن يقبضه . واختلفوا في رهن المشاع ، فمنعه أبو حنيفة وأجازه مالك والشافعي .

والسبب في الخلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن .

• **الركن الثالث :**

وهو الشيء المرهون فيه ، وأصل مذهب مالك في هذا أنه يجوز أن يؤخذ الرهن في جميع الأثمان الواقعة في جميع البيوعات إلا الصرف ورأس المال في السلم المتعلق بالذمة ، وذلك لأن الصرف من شرطه التقابض ، فلا يجوز فيه عقدة الرهن ، وكذلك رأس مال السلم وإن كان عنده دون الصرف في هذا المعنى . وقال قوم من أهل الظاهر : لا يجوز أخذ الرهن إلا في السلم خاصة ؛ أعني : في السلم فيه ، وهؤلاء ذهبوا إلى ذلك لكون آية الرهن واردة في الدين في المبيعات وهو السلم عندهم ، فكأنهم جعلوا هذا شرطًا من شروط صحة الرهن ؛ لأنه قال في أول الآية : ﴿ **يٰأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ** ﴾[1] ثم قال : ﴿ **وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ** ﴾[2] فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن في السلم وفي القرض وفي الغصب وفي قِيَم المتلفات وفي أروش الجنايات في الأموال ، وفي جراح العمد

---

(١) البقرة : الآية (٢٨٢) .

(٢) البقرة : الآية (٢٨٣) .

الذي لا قود فيه كالمأمومة والجائفة . وأما قتل العمد والجراح التي يقاد منها فيتخرج في جواز أخذ الرهن في الدية فيها إذا عفا الولي قولان :

أحدهما أن ذلك يجوز ، وذلك على القول بأن الولي مخير في العمد بين الدية والقود .

والقول الثاني أن ذلك لا يجوز ، وذلك أيضًا مبني على أن ليس للولي إلا القود فقط إذا أبى الجاني من إعطاء الدية ، ويجوز في قتل الخطأ أخذ الرهن ممن يتعين من العاقلة وذلك بعد الحول ، ويجوز في العارية التي تضمن ، ولا يجوز فيما لا يضمن ، ويجوز أخذه في الإجارات ، ويجوز في الجُعل بعد العمل ، ولا يجوز قبله ، ويجوز الرهن في المهر ، ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة ، وبالجملة فيما لا تصح فيه الكفالة . وقالت الشافعية : المرهون فيه له شرائط ثلاث :

أحدها أن يكون دينًا ، فإنه لا يرهن في عين .

والثاني أن يكون واجبًا ، فإنه لا يرهن قبل الوجوب ، مثل أن يسترهنه بما يستقرضه ، ويجوز ذلك عند مالك .

والثالث أن لا يكون لزومه متوقعًا أن يجب ، وأن لا يجب كالرهن في الكتابة ، وهذا المذهب قريب من مذهب مالك .

○ القول في الشروط ○

وأما شروط الرهن ، فالشروط المنطوق بها في الشرع ضربان : شروط صحة ، وشروط فساد . فأما شروط الصحة المنطوق بها في الرهن ؛ أعني : في كونه رهنا فشرطان : **أحدهما** متفق عليه بالجملة ومختلف في الجهة التي هو بها شرط وهو القبض . **والثاني** مختلف في اشتراطه ، فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى : ﴿ **فرهان مقبوضة** ﴾[1] واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة ؟ وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال : مالم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ، ومن قال شرط تمام قال : يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الإقباض إلا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت ، فذهب مالك إلى أنه من شروط التمام ، وذهب أبو حنيفة والشافعي ، وأهل الظاهر إلى أنه من شروط الصحة . وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول . وعمدة الغير قوله تعالى : ﴿ **فرهان مقبوضة** ﴾[1] وقال بعض أهل الظاهر : لا يجوز الرهن إلا أن يكون هنالك كاتب لقوله تعالى : ﴿ **ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة** ﴾[1] ولا يجوز أهل الظاهر أن يوضع الرهن على يدي عدل ، وعند مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض ، وأنه متى عاد إلى يد الراهن بإذن المرتهن بعارية أو وديعة أو غير ذلك ، فقد خرج من اللزوم وقال الشافعي : ليس استدامة القبض من شرط الصحة ، فمالك عمم الشرط على ظاهره ، فألزم من قوله تعالى : ﴿ **فرهان مقبوضة** ﴾[1] وجود القبض واستدامته والشافعي يقول : إذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد ،

---

(١) البقرة : الآية (٢٨٣) .

فلا يحل ذلك إعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال في البيع ، وقد كان الأولى بمن يشترط القبض في صحة العقد أن يشترط الاستدامة ، ومن لم يشترطه في الصحة أن لا يشترط الاستدامة . واتفقوا على جوازه في السفر . واختلفوا في الحضر ، فذهب الجمهور إلى جوازه ، وقال أهل الظاهر ومجاهد : لا يجوز في الحضر لظاهر قوله تعالى : ﴿ **وإن كنتم على سفر** ﴾[1] الآية . وتمسك الجمهور بما ورد من « أنه ﷺ رهن في الحضر »[2] والقول في استنباط منع الرهن في الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب . وأما الشرط المحرم الممنوع بالنص ، فهو أن يرهن الرجل رهنًا على أنه إن جاء بحقه عند أجله وإلا فالرهن له ، فاتفقوا على أن هذا الشرط يوجب الفسخ ، وأنه معنى قوله ﷺ : « لا يَغلَقُ الرَّهْنُ »[3] .

---

(١) البقرة : الآية (٢٨٣) .

(٢) أخرج البخاري (٤/ ٣٠٢ رقم ٢٠٦٩) ، والنسائي (٧/ ٢٨٨) ، وابن ماجه (٢/ ٨١٥ رقم ٢٤٣٧) ، وأحمد (٣/ ١٣٣) ، والبيهقي (٦/ ٣٦) . من حديث قتادة ، عن أنس « أنه مشى إلى النبي ﷺ بخبز شعير ، وإهالة سَنِخَةٍ ، ولقد رهن النبي ﷺ درعاً له بالمدينة عند يهودي ، وأخذ منه شعيراً لأهله ، ولقد سمعته يقول : ما أمسى عند آل محمد ﷺ صاع بر ولا صاع حب ، وإن عنده لتسع نسوة » .
وفي الباب : ● عن عائشة عند البخاري (٥/ ١٤٥ رقم ٢٥١٣) ، ومسلم (٣/ ١٢٢٦ رقم ١٢٤/ ١٦٠٣) .
● وعن ابن عباس عند أحمد (٢٣٦ ، ٣٠٠ ، ٣٦١) ، والترمذي (٣/ ٥١٩ رقم ١٢١٤) ، وابن ماجه (٢/ ٨١٥ رقم ٢٤٣٩) ، والبيهقي (٦/ ٣٦) . وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .
وقال الألباني في الإرواء (٥/ ٢٣٢) : « وهو على شرط البخاري » .
فالحديث صحيح .

(٣) أخرجه الشافعي في ترتيب المسند (٢/ ١٦٤ رقم ٥٦٨) ، والدارقطني (٣/ ٣٢ رقم ١٢٦) وقال : هذا إسناد حسن متصل ، والحاكم في المستدرك (٢/ ٥١) والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٣٩) ، وابن حبان (ص ٢٧٤ رقم ١١٢٣ - =

○ القول في الجزء الثالث من هذا الكتاب ○

[وهو القول في الأحكام]

وهذا الجزء ينقسم إلى معرفة ما للراهن من الحقوق في الرهن وما عليه ، وإلى معرفة ما للمرتهن في الرهن وما عليه ، وإلى معرفة اختلافهما في ذلك ، وذلك إما من نفس العقد ، وإما لأمور طارئة على الرهن ، ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار والاتفاق .

أما حق المرتهن في الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه ، فإن

= الموارد) . من حديث أبي هريرة .

وقال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام (صـ١٧٦) : « رجاله ثقات إلا أن المحفوظ عند أبي داود وغيره إرساله » .

قلت : أخرجه أبو داود في المراسيل (رقم ١٨٦) ورجاله ثقات رجال الصحيح ، غير محمد بن ثور ، وهو ثقة ، وأخرجه البيهقي (٦ /٤٠) من طريق أبي داود ، بهذا الإسناد ، وأخرجه عبد الرزاق في « المصنف » (رقم ١٥٠٣٣) ، ومن طريقه الدارقطني (٣ /٣٣) عن معمر به .

وأخرجه الطحاوي (٤ /١٠٢) من طريق أبي النعمان ، عن سفيان عن الزهري به .

وأخرجه الطحاوي (٤ /١٠٠) من طريق ابن وهب أنه سمع مالكاً ويونس وابن أبي ذئب يحدثون عن ابن شهاب ، عن ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قال : « لا تَغْلِقُ الرَّهْنُ » وهو في الموطأ (٢ /٧٢٨ رقم ١٣) من طريق ابن شهاب به .

وأخرجه أيضاً أبو داود في المراسيل (رقم ١٨٧) ورجاله ثقات رجال الشيخين ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه (رقم ١٥٠٣٤) عن سفيان الثوري والشافعي (٢ /١٦٣ رقم ٥٦٧) ومن طريقه البيهقي (٦ /٣٩) عن محمد بن إسماعيل بن أبي فديك ، ثلاثتهم عن ابن أبي ذئب به .

لم يأت به عند الأجل ؛ كان له أن يرفعه إلى السلطان ، فيبيع عليه الرهن وينصفه منه إن لم يجبه الراهن إلى البيع ، وكذلك إن كان غائبا ، وإن وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الأجل جاز ، وكرهه مالك إلا أن يرفع الأمر إلى السلطان .

والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه وببعضه ، أعني أنه إذا رهنه في عدد مَّا فأدى منه بعضه ، فإن الرهن بأسره يبقى بَعْدُ بيد المرتهن حتى يستوفي حقه ، وقال قوم : بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق . وحجة الجمهور أنه محبوس بحق ، فوجب أن يكون محبوسًا بكل جزء منه ؛ أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذي على الميت . وحجة الفريق الثاني أن جميعه محبوس بجميعه ، فوجب أن يكون أبعاضه محبوسة بأبعاضه ، أصله الكفالة .

ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في نماء الرهن المنفصل ، مثل الثمرة في الشجر المرهون ، ومثل الغلة ، ومثل الولد هل يدخل في الرهن أم لا ؟ فذهب قوم إلى أن نماء الرهن المنفصل لا يدخل شيء منه في الرهن : أعني الذي يحدث منه في يد المرتهن ، وممن قال بهذا القول الشافعي ، وذهب آخرون إلى أن جميع ذلك يدخل في الرهن ، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري ، وفرق مالك فقال : ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته ، فإنه داخل في الرهن كولد الجارية مع الجارية ، وأما ما لم يكن على خلقته فإنه لا يدخل في الرهن كان متولدًا عنه كثمر النخل أو غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام . وعمدة من رأى أن نماء الرهن وغلته للراهن قوله ﷺ : « الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ »[1] قالوا : ووجه الدليل من ذلك أنه لم يرد بقوله : « مركوب ومحلوب »

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل (١ /٢٧٢) ، والدارقطني (٣ /٣٤ رقم ١٣٦) ، والبيهقي (٦ /٣٨) ، والخطيب في تاريخ بغداد (٦ /١٨٤) . =

أي يركبه الراهن ويحلبه ؛ لأنه كان يكون غير مقبوض ، وذلك مناقض لكونه رهنا ، فإن الراهن من شرطه القبض ، قالوا : ولا يصح أيضًا أن يكون معناه أن المرتهن يحلبه ويركبه ، فلم يبق إلا أن يكون المعنى في ذلك أن أجرة ظهره لربه ونفقته عليه . واستدلوا أيضا بعموم قوله ﷺ : « الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ

= كلهم من طريق إبراهيم بن مجشر ، عن أبي معاوية ، عن الأعمش ،عن أبي صالح ، عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ .

قال ابن عدي : « تفرد إبراهيم برفعه ، وله أحاديث منكرة من قبل الإسناد » وقال الخطيب « تفرد برواية هذا الحديث ، عن أبي معاوية مرفوعاً إبراهيم بن مجشر ، ورفعه أيضاً أبو عوانة ، عن الأعمش .

ورواه غيره عن أبي معاوية موقوفاً لم يذكر فيه النبي ﷺ ، وكذلك رواه سفيان الثوري ، وهشيم ، ومحمد بن فضيل ، وجرير بن عبد الحميد عن الأعمش موقوفاً ، وهو المحفوظ من حديثه » .

قلت : الصحيح أنه مرفوع ، ومن وقفه فلم يصب ، فقد رواه أبو عوانة عن الأعمش ، أخرجه الدارقطني (٣٤/٣ رقم ١٣٦) ، والحاكم (٥٨/٢) ، والبيهقي (٣٨/٦) .

وقال الحاكم : « هذا إسناد صحيح على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه لإجماع الثوري وشعبة على توقيفه عن الأعمش ، وأنا على ما أصلته في قبول الزيادة من الثقة » .

قلت : وقد رفعه أيضاً منصور ، عن أبي صالح ، أخرجه أبو نعيم في الحلية (٥ /٤٥) من طريق عامر بن مدرك ، ثنا خلاد الصفار ، عن منصور عن أبي صالح به .

وكذلك رفعه الشعبي عن أبي هريرة بسياق أَبْيَنُ وأوسع من هذا ، أخرجه البخاري (٥ /١٤٣ رقم ٢٥١٢) ، وأبو داود (٣ /٧٩٥ رقم ٣٥٢٦) ، والترمذي (٣ /٥٥٥ ، رقم ١٢٥٤) ، وابن ماجه (٢ /٨١٦ رقم ٢٤٤٠) ، وأحمد (٢ /٤٧٢) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /٩٨) ، والدارقطني (٣ /٣٤ رقم ١٣٤) والبيهقي (٣٨/٦) من حديث زكريا عن الشعبي عن أبي هريرة عن النبيّ ﷺ قال :

« الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة » فلم يبق مع هذا شك في أن الصحيح رفع الحديث

وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ »[1] قالوا : ولأنه نماء زائد على مارضيه رهنا ؛ فوجب أن لا يكون له إلا بشرط زائد .

وعمدة أبي حنيفة أن الفروع تابعة للأصول ؛ فوجب لها حكم الأصل ، ولذلك حكم الولد تابع لحكم أمه في التدبير والكتابة .

وأما مالك فاحتج بأن الولد حكمه حكم أمه في البيع : أي هو تابع لها ، وفرق بين الثمر والولد في ذلك بالسنة المفرقة في ذلك ، وذلك أن الثمر لا يتبع بيع الأصل إلا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط . والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن ، وقال قوم : إذا كان الرهن حيوانًا فللمرتهن أن يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه ، وهو قول أحمد وإسحاق ، واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « الرهن محلوب ومركوب »[1]. ومن هذا الباب اختلافهم في الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه ؟ فقال قوم : الرهن أمانة وهو من الراهن ، والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه ، وممن قال بهذا القول الشافعي وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث ، وقال قوم : الرهن من المرتهن ومصيبته منه ، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة وجمهور الكوفيين . والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين : فمنهم من رأى أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته أو قيمة الدين ، وبه قال أبو حنيفة وسفيان وجماعة ، ومنهم من قال : هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت ، وإنه إن فضل للراهن شيء فوق دينه أخذه من المرتهن ، وبه قال علي بن أبي طالب وعطاء وإسحاق . وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار مما لا يخفى هلاكه ، وبين ما يغاب عليه من العروض ، فقالوا : هو ضامن فيما يغاب عليه

(١) لم أجده بهذا اللفظ مرفوعاً من كلام سعيد بن المسيب ، وقد ذكره بعد هذا على نحو الصواب ، فقال : وعمدة من جعله أمانة غير مضمونة حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا يغلق الرهن » وقد تقدم تخريجه قريباً .

ومؤتمن فيما لا يغاب عليه ، وممن قال بهذا القول مالك والأوزاعي وعثمان البتي ، إلا أن مالكًا يقول : إذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط ؛ فإنه لا يضمن ، وقال الأوزاعي وعثمان البتي : بل يضمن على كل حال قامت بينة أو لم تقم ، وبقول مالك قال ابن القاسِم ، وبقول عثمان والأوزاعي قال أشهب . وعمدة من جعله أمانة غير مضمون حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة[1] أن النبي ﷺ قال : « لا يغْلَقُ الرهْنُ وهو مِمَّنْ رَهَنَه له غُنْمُه وعليه غُرْمُهُ » : أي له غلته وخراجه ، وعليه افتكاكه ومصيبته منه . قالوا : وقد رضي الراهن أمانته فأشبه المودع عنده . وقال المزني من أصحاب الشافعي محتجًا له : قد قال مالك ومن تابعه إن الحيوان وما ظهر هلاكه أمانة ؛ فوجب أن يكون كله كذلك . وقد قال أبو حنيفة : إن ما زاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو أمانة فوجب أن يكون كله أمانة ، ومعنى قوله ﷺ عند مالك ومن قال بقوله : « وَعَلَيْهِ غرْمُهُ » أي نفقته . قالوا ومعنى ذلك قوله ﷺ : « الرهن مركوب ومحلوب »[2]. أي أجرة ظهره لربه ، ونفقته عليه ، وأما أبو حنيفة وأصحابه فتأولوا قوله ﷺ : « لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ » . أن غنمه ما فضل منه على الدين ، وغرمه ما نقص . وعمدة من رأى أنه مضمون من المرتهن ؛ أنه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب أن يسقط بتلفه ، أصله تلف المبيع عند البائع إذا أمسكه حتى يستوفي الثمن ، وهذا متفق عليه من الجمهور ، وإن كان عند مالك كالرهن ، وربما احتجوا بما روي عن النبي ﷺ : « أن رجلا ارتهن فرسًا من رجل ، فنفق في يده ، فقال ﷺ للمرتهن : ذَهَبَ حَقُّكَ »[1] . وأما

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

(٢) تقدم تخريجه قريباً .

(٣) أخرجه أبو داود في المراسيل (رقم ١٨٨) ، والبيهقي (٦ /٤١) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٠٢) وابن أبي شيبة في المصنف (١٨٣/٧) كلهم من طريق عبد الله بن المبارك ، عن مصعب بن ثابت ، قال : سمعت عطاء بن رباح يحدث =

تفريق مالك بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان ، ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه .وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب إليه مالك كثيرًا فضعفه قوم ، وقالوا : إنه مثل استحسان أبي حنيفة ، وحدوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل . ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة ، وإذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل .

والجمهور على أنه لا يجوز للراهن بيع الرهن ولا هبته ، وأنه إن باعه فللمرتهن الإجارة أو الفسخ . قال مالك : وإن زعم أن إجارته ليتعجل حقه حلف على ذلك وكان له . وقال قوم : يجوز بيعه . وإذا كان الرهن ، غلامًا أو أمة فأعتقها الراهن فعند مالك أنه إن كان الراهن موسرًا ؛ جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه ، وإن كان معسرًا بيعت وقضى الحق من ثمنها ، وعند الشافعي ثلاثة أقوال : الرد ، والإجازة ، والثالث مثل قول مالك .

وأما اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الحق الذي وجب به الرهن ، فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك ، فقال مالك : القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق ما لم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك ، فما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن . وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجمهور فقهاء الأمصار : القول في قدر الحق قول الراهن ، وعمدة الجمهور أن الراهن مدعًى عليه ، والمرتهن مدعٍ ، فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة . وعمدة مالك هٰهنا أن المرتهن وإن كان مدعيًا فله هٰهنا شبهة بنقل اليمين إلى حيزه ، وهو كون الرهن شاهدًا له ، ومن أصوله أن يحلف أقوى المتداعيين شبهة ، وهذا لا يلزم

= أن رجلاً فذكره .

قال ابن حزم في « المحلى بالآثار » (٣٧٨/٦ رقم المسألة ١٢١٥) : « هذا مرسل ، ومصعب بن ثابت ليس بالقوي » قلت : بل ضعيف وباقي رجاله ثقات .

عند الجمهور ؛ لأنه قد يرهن الراهن الشيء وقيمته أكثر من المرهون فيه .

وأما إذا تلف الرهن ، واختلفوا في صفته ، فالقول هٰـهنا عند مالك قول المرتهن لأنه مدعٍ عليه ، وهو مقر ببعض ما ادعى عليه ، وهذا على أصوله ، فإن المرتهن أيضًا ، هو الضامن فيما يغاب عليه . وأما على أصول الشافعي ، فلا يتصور على المرتهن يمين إلا أن يناكره الراهن في إتلافه . وأما عند أبي حنيفة فالقول قول المرتهن في قيمة الرهن ، وليس يحتاج إلى صفة ؛ لأن عند مالك يحلف على الصفة وتقويم تلك الصفة . وإذا اختلفوا في الأمرين جميعًا ، أعني في صفة الرهن ، وفي مقدار الرهن كان القول قول المرتهن في صفة الرهن ، وفي الحق ما كانت قيمته الصفة التي حلف عليها شاهدة له ، وفيه ضعف ، وهل يشهد الحق لقيمة الرهن إذا اتفقا في الحق ، واختلفا في قيمة الرهن ؟ في المذهب فيه قولان ، والأقيس الشهادة ؛ لأنه إذا شهد الرهن للدين شهد الدين للمرهون . وفروع هذا الباب كثيرة ، وفيما ذكرناه كفاية في غرضنا .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٤٠ - كتاب الحجر □

والنظر في هذا الكتاب في ثلاثة أبواب :

الباب الأول : في أصناف المحجورين .

الثاني : متى يخرجون من الحجر ، ومتى يحجر عليهم ، وبأي شروط يخرجون .

الثالث : في معرفة أحكام أفعالهم في الرد والإجازة .



○ الباب الأول ○

[في أصناف المحجورين]

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الأيتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى : ﴿ **وابْتَلُوا اليَتامى حتى إذَا بَلَغُوا النِّكاحَ** ﴾[1] الآية . واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار إذا ظهر منهم تبذير لأموالهم ، فذهب مالك والشافعي وأهل المدينة وكثير من أهل العراق إلى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم ، وذلك إذا ثبت عنده سفههم ، وأعذر إليهم فلم يكن عندهم مدفع ، وهو رأي ابن عباس وابن الزبير . وذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق إلى أنه لا يبتدأ الحجر على الكبار ، وهو قول إبراهيم وابن سيرين ، وهؤلاء انقسموا قسمين : فمنهم من قال : الحجر لا يجوز عليهم بعد البلوغ بحال وإن ظهر منهم التبذير . ومنهم من قال : إن استصحبوا التبذير من الصغر يستمر الحجر عليهم ، وإن ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه ، فهؤلاء لا يبدأ بالحجر عليهم . وأبو حنيفة يحد في ارتفاع الحجر وإن ظهر سفهه خمسة وعشرين عامًا .

وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار إنما وجب لمعنى التبذير ، الذي يوجد فيهم غالبًا فوجب أن يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وإن لم يكن صغيرًا ، قالوا : ولذلك اشترط في رفع الحجر عنهم مع ارتفاع الصغر إيناس الرشد ، قال الله تعالى : ﴿ **فإنْ آنَسْتُم مِنْهُم رُشْدًا فادْفَعُوا إلَيْهِمْ أمْوَالَهُمْ** ﴾[1] فدل هذا على أن السبب المقتضي للحجر هو

---

(١) النساء : الآية (٦) .

السفه ، وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقذ « إذ ذكر فيه لرسول الله ﷺ أنه يخدع في البيوع ، فجعل له رسول الله ﷺ الخيار ثلاثا ولم يحجر عليه »[1] . وربما قالوا : الصغر هو المؤثر في منع التصرف بالمال ، بدليل تأثيره في إسقاط التكليف ، وإنما اعتبر الصغر ؛ لأنه الذي يوجد فيه السفه غالبًا ، كما يوجد فيه نقص العقل غالبًا ، ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد ، إذ كانا يوجدان فيه غالبًا ، أعني العقل والرشد ، وكما لم يعتبر النادر في التكليف ، أعني أن يكون قبل البلوغ عاقلًا فيكلف ، كذلك لم يعتبر النادر في السفه ، وهو أن يكون بعد البلوغ سفيهًا فيحجر عليه ، كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيدًا . قالوا : وقوله تعالى : ﴿ ولا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾[2] الآية ، ليس فيها أكثر من منعهم من أموالهم ، وذلك لا يوجب فسخ بيوعها وإبطالها .

والمحجورون عند مالك ستة : الصغير ، والسفيه ، والعبد ، والمفلس ، والمريض ، والزوجة . وسيأتي ذكر كل واحد منهم في بابه .

---

(١) تقدم تخريجه في البيوع .

(٢) النساء : الآية (٥) .

○ الباب الثاني ○

متى يخرجون من الحجر ، ومتى يحجر عليهم ، وبأي شروط يخرجون ؟

والنظر في هذا الباب في موضعين : في وقت خروج الصغار من الحجر ، ووقت خروج السفهاء . فنقول : إن الصغار بالجملة صنفان : ذكور وإناث ، وكل واحد من هؤلاء إما ذو أب ، وإما ذو وصي ، وإما مهمل ، وهم الذين يبلغون ولا وصي لهم ولا أب. فأما الذكور الصغار ذوو الآباء فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر إلا ببلوغ سن التكليف، وإيناس الرشد منهم، وإن كانوا قد اختلفوا في الرشد ما هو ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ **وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم** ﴾[1] واختلفوا في الإناث ، فذهب الجمهور إلى أن حكمهن في ذلك حكم الذكور ، أعني : بلوغ المحيض وإيناس الرشد، وقال مالك: هي في ولاية أبيها في المشهور عنه حتى تتزوج، ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها، وروي عنه مثل قول الجمهور، ولأصحاب مالك في هذا أقوال غير هذه قيل : إنها في ولاية أبيها حتى يمر بها سنة بعد دخول زوجها بها، وقيل: حتى يمر بها عامان، وقيل: حتى تمر بها سبعة أعوام. وحجة مالك أن إيناس الرشد لا يتصور من المرأة إلا بعد اختبار الرجال . وأما أقاويل أصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس ، أما مخالفتها النص ، فإنهم لم يشترطوا الرشد ، وأما مخالفتها للقياس ؛ فلأن الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه المدة المحدودة ، وإذا قلنا على قول مالك لا على قول الجمهور إن الاعتبار في الذكور ذوي الآباء البلوغ وإيناس الرشد، فاختلف قول مالك إذا بلغ و لم يعلم سفهه من رشده، وكان مجهول الحال

(١) النساء : الآية (٦) .

فقيل عنه: إنه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور، وقيل عنه: إنه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه . فأما ذوو الأوصياء فلا يخرجون من الولاية في المشهور عن مالك إلا بإطلاق وصيه له من الحجر، أي: يقولون فيه إنه رشيد إن كان مقدمًا من قبل الأب بلا خلاف أو بإذن القاضي مع الوصي إن كان مقدمًا من غير الأب على اختلاف في ذلك. وقد قيل في وصي الأب إنه لا يقبل قوله في أنه رشيد إلا حتى يعلم رشده ، وقد قيل : إن حاله مع الوصي كحاله مع الأب ، يخرجه من الحجر إذا آنس منه الرشد، وإن لم يخرجه وصيه بالإشهاد، وإن المجهول الحال في هذا حكمه حكم المجهول الحال ذي الأب ، وأما ابن القاسم فمذهبه أن الولاية غير معتبر ثبوتها إذا علم الرشد، ولا سقوطها إذا علم السفه، وهي رواية عن مالك، وذلك من قوله في اليتيم لافي البكر، والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول: أفعاله كلها مردودة وإن ظهر رشده حتى يخرج من الولاية ، وهو قول ضعيف، فإن المؤثر هو الرشد لاحكم الحاكم. وأما اختلافهم في الرشد ما هو ؟ فإن مالكًا يرى أن الرشد هو تثمير المال وإصلاحه فقط، والشافعي يشترط مع هذا صلاح الدين.

وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين ؟ وحال البكر مع الوصي كحال الذكر لا يخرج من الولاية إلا بالإخراج ما لم تعنس على اختلاف في ذلك، وقيل: حالها مع الوصي كحالها مع الأب وهو قول ابن الماجشون. و لم يختلف قولهم إنه لا يعتبر فيها الرشد كاختلافهم في اليتيم . وأما المهمل من الذكور فإن المشهور أن أفعاله جائزة إذا بلغ الحلم، كان سفيها متصل السفه، أو غير متصل السفه، معلنا به أو غير معلن. وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله إذا وقع، فإن كان رشدًا جاز وإلا ردَّهُ، فأما اليتيمة التي لا أب لها ولا وصي فإن فيها في المذهب قولين :

أحدهما : أن أفعالها جائزة إذا بلغت المحيض .

والثاني : أن أفعالها مردودة ما لم تعنس وهو المشهور .

○ الباب الثالث ○

[في معرفة أحكام أفعالهم في الرد والإجازة]

والنظر في هذا الباب في شيئين :

أحدهما ما يجوز لصنف صنف من المحجورين من الأفعال ، وإذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم في الرد والإجازة ، وكذلك أفعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم من غير أب ولا وصي ، وهؤلاء كما قلنا إما صغار وإما كبار متصلو الحجر من الصغر ، وإما مبتدأ حجرهم . فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء ، فلا خلاف في المذهب في أنه لا يجوز له في ماله معروف من هبةٍ ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذن له الأب في ذلك أو الوصي ، فإن أخرج من يده شيئًا بغير عوض كان موقوفًا على نظر وليه إن كان له ولي ، فإن رآه رشدًا أجازه وإلا أبطله ، وإن لم يكن له ولي ؛ قدم له ولي ينظر في ذلك ، وإن عمل في ذلك حتى يلي أمره كان النظر إليه في الإجازة أو الرد . واختلف إذا كان فعله سدادًا ونظرًا فيما كان يلزم الولي أن يفعله هل له أن ينقضه إذا آل الأمر إلى خلاف بحوالة الأسواق ، أو نماء فيما باعه أو نقصان فيما ابتاعه ، فالمشهور أن ذلك له ، وقيل : إن ذلك ليس له ، ويلزم الصغير ما أفسد في ماله مما لم يؤتمن عليه . واختلف فيما أفسد وكسر مما اؤتمن عليه ، ولا يلزمه بعد بلوغه رشده عتق ما حلف بحريته في صغره وحنث به في صغره .

واختلف فيما حنث فيه في كبره وحلف به في صغره ، فالمشهور أنه لا يلزمه . وقال ابن كنانة : يلزمه ولا يلزمه فيما ادعى عليه يمين . واختلف إذا

كان له شاهد واحد هل يحلف معه ؟ فالمشهور أنه لا يحلف ، وروي عن مالك والليث أنه يحلف . وحال البكر ذات الأب والوصي كالذكر مالم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها . فأما السفيه البالغ ، فجمهور العلماء على أن المحجور إذا طلق زوجته أو خالعها مضى طلاقه وخلعه ، إلا ابن أبي ليلى وأبا يوسف ، وخالف ابن أبي ليلى في العتق فقال : إنه ينفذ ، وقال الجمهور : إنه لا ينفذ . وأما وصيته فلا أعلم خلافًا في نفوذها ، ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شيء من المعروف إلا أن يعتق أم ولده ، فيلزمه عتقها ، وهذا كله في المذهب ، وهل يتبعها مالها ؟ فيه خلاف ، قيل يتبع ، وقيل لا يتبع ، وقيل بالفرق بين القليل والكثير . وأما ما يفعله بعوض ، فهو أيضا موقوف على نظر وليه إن كان له ولي ، فإن لم يكن له ولي ؛ قدم له ولي ، فإن رَدَّ بَيْعَه الولي وكان قد أتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشيء ، وكذلك إن أتلف عين المبيع .

وأما أحكام أفعال المحجورين أو المهملين على مذهب مالك ، فإنها تنقسم إلى أربعة أحوال : فمنهم من تكون أفعاله كلها مردودة ، وإن كان فيها ما هو رشد . ومنهم ضد هذا ، وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد وإن ظهر فيها ما هو سفه . ومنهم من تكون أفعاله كلها محمولة على السفه مالم يتبين رشده . وعكس هذا أيضًا وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد حتى يتبين سفهه . فأما الذي يحكم له بالسفه وإن ظهر رشده فهو الصغير الذي لم يبلغ ، والبكر ذات الأب ، والوصي مالم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس . واختلف في حده اختلافًا كثيرًا من دون الثلاثين إلى الستين ، والذي يحكم له بحكم الرشد وإن علم سفهه ، فمنها السفيه إذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه ، ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك ، خلافًا لابن القاسم الذي يعتبر نفس الرشد لانفس الولاية ، والبكر اليتيمة المهملة على مذهب سحنون . وأما الذي يحكم عليه بالسفه بحكم مالم يظهر رشده : فالابن بعد بلوغه في حياة أبيه على

المشهور في المذهب ، وحال البكر ذات الأب التي لا وصي لها إذا تزوجت ودخل بها زوجها مالم يظهر رشدها ، ومالم تبلغ الحد المعتبر في ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك ، وكذلك اليتيمة التي لا وصي لها على مذهب من يرى أن أفعالها مردودة . وأما الحال التي يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه : فمنها حال البكر المعنس عند من يعتبر التعنيس ، أو التي دخل بها زوجها ومضى لدخوله الحد المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد ، وكذلك حال الابن ذي الأب إذا بلغ وجهلت حاله على إحدى الروايتين ، والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التي لا تعتبر فيها دخولها مع زوجها . فهذه هي جمل ما في هذا الكتاب والفروع كثيرة .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

☐ ٤١ - كتاب التفليس ☐

والنظر في هذا الكتاب فيما هو الفلس ، وفي أحكام المفلس، فنقول : إن الإفلاس في الشرع يطلق على معنيين :

أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين ، فلا يكون في ماله وفاء بديونه .

والثاني أن لا يكون له مال معلوم أصلًا ، وفي كلا الفلسين قد اختلف العلماء في أحكامهما .

فأما الحالة الأولى وهي إذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا ، فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف في ماله ، حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم ، أم ليس له ذلك ؟ بل يحبس حتى يدفع إليهم جميع ماله على أي نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم ، وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال يفي بدينه ، فأبى أن ينصف غرماءه ، هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم ، أم يحبسه حتى يعطيهم بيده ما عليه ؟ فالجمهور يقولون : يبيع الحاكم ماله عليه ، فينصف منه غرماءه أو غريمه إن كان مليًا ، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يف ماله بديونه ، ويحجر عليه التصرف فيه ، وبه قال مالك والشافعي ، وبالقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق .

وحجة مالك والشافعي حديث معاذ بن جبل[1] « أنه كثر دينه في عهد رسول الله ﷺ فلم يزد غرماءه على أن جعله لهم من ماله » وحديث أبي سعيد الخدري[2] « أن رجلًا أصيب على عهد رسول الله ﷺ في ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله ﷺ : تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ ، فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه ، فقال رسول الله ﷺ : خُذُوا ما وَجَدتم ولَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذلكَ» وحديث عمر في القضاء على الرجل المفلس في حبسه ، وقوله فيه : أما بعد ، فإن الأسيفع « أسيفع جهينة » رضي من دينه وأمانته بأن يقال : سبق الحاج ، وأنه ادَّان معرضًا

---

(١) أخرج البيهقي (٦ /٥٠) من طريق ابن وهب ، عن يونس بن يزيد ، عن الزهري ، أخبرني عبد الرحمن بن كعب ، أن معاذ بن جبل وهو أحد قومه من بني سلمة كثر دينه على عهد رسول الله ﷺ فلم يزد رسول الله ﷺ غرماءه على أن خلع لهم ماله .
وأخرج الدارقطني (٤ /٢٣٠ رقم ٩٥) ، والبيهقي (٦ /٤٨) ، والحاكم (٢ /٥٨) من حديث هشام بن يوسف عن معمر ، عن الزهري ، عن ابن كعب بن مالك عن أبيه أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ وماله ، وباعه بدين كان عليه .
قال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين وأقره الذهبي ، وليس كما قالا .
وأخرج أبو داود في المراسيل (رقم ١٧٢) وعبد الرزاق في « المصنف » (٨ /٢٦٨ رقم ١٥١٧٧) ، ومن طريقه أخرجه البيهقي (٦ /٤٨) . عن ابن كعب بن مالك – وسماه ابن داود : عبد الرحمن – أن معاذَ بنَ جبلٍ لم يزلْ يَدَّانُ حتى أغْلَقَ ماله كله ، فأتى غرماؤه إلى النبي ﷺ ، فطلب معاذ إلى النبي ﷺ أن يسألَ غرماءَه أن يضعُوا أو يؤَخِّروا ، فأَبَوْا ، فلو تركوا لأحدٍ من أجلِ أحَدٍ ، لَتُركَ لمعاذٍ من أجل رسول الله ﷺ ، فباع النبي ﷺ مالَهُ كُلَّه في دينهِ حتى قامَ معاذ بغير شيء » .
قلت : رجاله ثقات ، لكنه منقطع . فالحديث ضعيف ، وقد ضعفه المحدث الألباني في إرواء الغليل (رقم ١٤٣٥) .

(٢) أخرجه مسلم (٣ /١١٩١ رقم ١٨ /١٥٥٦) ، وأبو داود (٣ /٧٤٥ رقم ٣٤٦٩) ، والترمذي (٣ /٤٤ رقم ٦٥٥) ، والنسائي (٧ /٢٦٥) ، وابن ماجه (٢ /٧٨٩ رقم ٢٣٥٦) ، والبيهقي (٦ /٥٠) . وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

فأصبح قدرين عليه ، فمن كان له عليه دين فليأتنا . وأيضًا من طريق المعنى ، فإنه إذا كان المريض محجورًا عليه لمكان ورثته ، فأحرى أن يكون المدين محجورًا عليه لمكان الغرماء ، وهذا القول هو الأظهر ؛ لأنه أعدل والله أعلم . وأما حُجَجُ الفريق الثاني الذين قالوا بالحبس حتى يعطي ما عليه أو يموت محبوسًا ، فيبيع القاضي حينئذ ماله ، ويقسمه على الغرماء ، فمنها حديث جابر بن عبد الله[1] حين استشهد أبوه بأحد وعليه دين ، فلما طالبه الغرماء قال جابر : « فأتيت النبي ﷺ فكلمته ، فسألهم أن يقبلوا مني حائطي ، ويحللوا أبي ، فأبوا ، فلم يعطهم رسول الله ﷺ حائطي قال : ولكن سأغْدُو عَلَيْكَ ، قال : فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال : فجذذتها فقضيت منها حقوقهم ، وبقي من ثمرها بقية » وبما روى أيضًا أنه مات أسيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم ، فدعا عمر بن الخطاب غرماءه ، فقبلهم أرضه أربع سنين مما لهم عليه . قالوا : فهذه الآثار كلها ليس فيها أنه بيع أصل في دين . قالوا : يدل على حبسه قوله ﷺ : « لَيُّ الوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعقُوبَتَهُ »[2] قالوا :

---

(١) أخرجه البخاري (٥ /٥٩ رقم ٢٣٩٥) ، وأبو داود (٣ /٣٠٣ رقم ٢٨٨٤) ، والنسائي (٦ /٢٤٤) ، وابن ماجه (٢ /٨١٤ رقم ٢٤٣٣) ، وأحمد (٣ /٣٩٨) وغيرهم . بألفاظ متعددة .

(٢) أخرجه أبو داود (٤ /٤٥ رقم ٣٦٢٨) ، والنسائي (٧ /٣١٦) ، وابن ماجه (٢ /٨١١ رقم ٢٤٢٧) ، والحاكم (٤ /١٠٢) ، والبيهقي (٦ /٥١) ، وأحمد (٤ /٣٨٨) ، والبخاري في التاريخ الكبير (٤ /٢٥٩) ، والطحاوي في المشكل (١ /٤١٣ و ٤١٤) ، وابن حبان (رقم ١١٦٤ – الموارد) من حديث الشريد ابن سويد .
وقال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي .
قلت : بحسبه أن يكون حسناً . فإن : محمد بن ميمون بن مسيكة قال عنه الحافظ في التقريب (٢ /١٨٠ رقم ٤١٧) : مقبول .
فالحديث حسن ، وقد حسنه الألباني في الإرواء (رقم ١٤٣٤) . =

العقوبة هي حبسه . وربما شبهوا استحقاق أصول العقار عليه باستحقاق إجازته ، وإذا قلنا إن المفلس محجور عليه ، فالنظر فيماذا يحجر عليه ، وبأي ديون تكون المحاصة في ماله وفي أي شيء من ماله تكون المحاصّة ، وكيف تكون ؟. فأما المفلس فله حالان : حال في وقت الفلس قبل الحجر عليه ، وحال بعد الحجر . فأما قبل الحجر فلا يجوز له إتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض ، إذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجري العادة بفعله ، وإنما اشترط إذا كان مما لا يلزمه ؛ لأن له أن يفعل ما يلزم بالشرع وإن لم يكن بعوض كنفقته على الآباء المعسرين أو الأبناء ، وإنما قيل مما لم تجر العادة بفعله ، لأن له إتلاف اليسير من ماله بغير عوض ، كالأضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة ، وكذلك تراعى العادة في إنفاقه في عوض كالتزوج والنفقة على الزوجة ، ويجوز بيعه وابتياعه ما لم تكن فيه محاباة ، وكذلك يجوز إقراره بالدين لمن لا يتهم عليه . واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه . وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا : هو قبل الحكم كسائر الناس ، وإنما ذهب الجمهور لهذا ؛ لأن الأصل هو جواز الأفعال حتى يقع الحجر ، ومالك كأنه اعتبر المعنى نفسه ، وهو إحاطة الدين بماله لكن لم يعتبره في كل حال ، لأنه يجوز بيعه وشراؤه إذا لم يكن فيه محاباة ، ولا يجوزه للمحجور عليه . وأما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء ، لا يجوز إقراره بدين في ذمته لقريب ولابعيد ، قيل : إلا أن يكون لواحد منهم بينة ، وقيل : يجوز لمن يعلم منه إليه تقاض . واختلف في إقراره بمال معين ، مثل القراض والوديعة على

= ● اللي : المطل ، يقال : لواه حقه لياً وليّاناً أي مطله .

● الواجد : الغني .

● يحل عرضه : أي يغلظ له وينسبه إلى سوء القضاء ويقول له : إنك ظالم ومتعدٍ .

● وعقوبته : أي يُحبس له حتى يؤدي الحق .

ثلاثة أقوال في المذهب : بالجواز ، والمنع ، والثالث بالفرق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعة ببينة أو لا تكون ، فقيل : إن كانت صدق وإن لم تكن لم يصدق . واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أم لا ؟ فذهب مالك إلى أن التفليس في ذلك كالموت ، وذهب غيره إلى خلاف ذلك ، وجمهور العلماء على أن الديون تحل بالموت . قال ابن شهاب : مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات . وحجتهم أن الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث إلا بعد قضاء الدين ، فالورثة في ذلك بين أحد أمرين : إما أن لا يريدوا أن يؤخروا حقوقهم في المواريث إلى محل أجل الدين فيلزم أن يجعل الدين حالًا ، وإما أن يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون فتكون الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لافي ذممهم ، بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت ؛ لأنه كان في ذمة الميت ، وذلك يحسن في حق ذي الدين ولذلك رأى بعضهم أنه إن رضي الغرماء بتحمله في ذممهم أبقيت الديون إلى أجلها ، وممن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الأمصار ، لكن لا يشبه الفلس في هذا المعنى الموت كل الشبه ، وإن كانت كلا الذمتين قد خربت فإن ذمة المفلس يرجى المال لها بخلاف ذمة الميت . وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فإن ذلك يرجع إلى الجنس والقدر . أما ما كان قد ذهب عين العوض الذي استوجب من قبله الغريم على المفلس فإن دينه في ذمة المفلس . وأما إذا كان عين العوض باقيًا بعينه لم يفت إلا أنه لم يقبض ثمنه ، فاختلف في ذلك فقهاء الأمصار على أربعة أقوال :

الأول : أن صاحب السلعة أحق بها على كل حال إلا أن يتركها ويختار المحاصة ، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور .

والقول الثاني : ينظر إلى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فإن كانت أقل

من الثمن خير صاحب السلعة بين أن يأخذها أو يحاص الغرماء ، وإن كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها ، وبه قال مالك وأصحابه .

والقول الثالث : تقوم السلعة بين التفليس ، فإن كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضي له بها : أعني للبائع ، وإن كانت أكثر دفع إليه مقدار ثمنه ويتحاصون في الباقي ، وبهذا القول قال جماعةَ من أهل الأثر .

والقول الرابع : أنه أسوة الغرماء فيها على كل حال ، وهو قول أبي حنيفة وأهل الكوفة ، والأصل في هذه المسألة ما ثبت من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « أَيُّما رَجُلٍ أَفْلَسَ فأَدْرَكَ الرجُلُ مالَهُ بِعَيْنِهِ فَهوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِه » وهذا الحديث خرجه مالك[1] والبخاري[2] ومسلم[3] ، وألفاظهم متقاربة ، وهذا اللفظ لمالك ، فمن هؤلاء من حمله على عمومه وهو الفريق الأول ، ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا : إن معقوله إنما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية ، وأكثر مافي ذلك أن يأخذ الثمن الذى باعها به ، فإما أن يعطي في هذه الحال الذي اشترك فيها مع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك مخالف لأصول الشرع ، وبخاصة إذا كان للغرماء أخذها بالثمن كما قال مالك . وأما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لمخالفته للأصول المتواترة على طريقتهم في رد الخبر الواحد إذا خالف الأصول المتواترة ، لكون خبر الواحد مظنونًا ،

---

(١) في الموطأ (٢ /٦٧٨ رقم ٨٨) .

(٢) في صحيحه (٥ /٦٢ رقم ٢٤٠٢) .

(٣) في صحيحه (١١٩٣/٣ رقم ٢٢ /١٥٥٩) .

قلت : وأخرجه أحمد (٢ /٢٥٨) ، والدارمي (٢ /٢٦٢) ، وأبو داود (٣ /٧٨٩ رقم ٣٥١٩) ، والترمذي (٣ /٥٦٢ رقم ١٢٦٢) ، والنسائي (٧ /٣١١ – ٣١٢) ، وابن ماجه (٢ /٧٩٠ رقم ٢٣٦٠) ، والدارقطني (٣ /٢٩ رقم ١٠٧) ، والبيهقي (٦ /٤٤) ، وله عندهم ألفاظ وسيأتي قريباً .

والأصول يقينية مقطوع بها ، كما قال عمر في حديث فاطمة بنت قيس : ما كنا لندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امرأة. ورواه عن علي، أنه قضى بالسلعة للمفلس ، وهو رأي ابن سيرين ، وإبراهيم من التابعين . وربما احتجوا بأن حديث أبي هريرة مختلف فيه ، وذلك أن الزهري روى عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة[1] أن رسول الله ﷺ قال : « أيمَا رَجلٍ ماتَ أوْ أفْلَسَ فَوَجَدَ بَعْضُ

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ من رواية الزهري ، عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة ، بل ولا من هذا الوجه أيضاً .

وقد جاء الحديث عن أبي هريرة بألفاظ :

(**الأول**) : « أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره » .

وفي لفظ : « من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره »

رواه عمر بن عبد العزيز ، عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة . أخرجه مالك (٢ /٦٧٨ رقم ٨٨) ، والطيالسي (١ /٢٧٥ رقم ١٣٨٦ - منحة المعبود) ، وأحمد (٢ /٢٥٨) ، والدارمي (٢ /٢٦٢) ، والبخاري (٥ /٦٢ رقم ٢٤٠٢) ، ومسلم (٣ /١١٩٣ رقم ٢٢ /١٥٥٩) ، وأبو داود (٣ /٧٨٩ رقم ٣٥١٩) ، والترمذي (٣ /٥٦٢ رقم ١٢٦٢) ، والنسائي (٧ /٣١١ -٣١٢) ، وابن ماجه (٢ /٧٩٠ رقم ٢٣٦٠) ، وابن الجارود في المنتقى (رقم ٦٣٠) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٦٤) ، والدارقطني (٣ /٢٩ رقم ١٠٨) ، والبيهقي (٦ /٤٥) بألفاظ متقاربة لا تخرج عن هذا المعنى .

وكذلك رواه النضر بن أنس ، عن بشير بن نهيك ، عن أبي هريرة : أخرجه مسلم (٣ /١١٩٤ رقم ٢٤ /١٥٥٩) ، والطيالسي (١ /٢٧٥ رقم ١٣٨٦ - منحة المعبود) ، وأحمد (٢ /٤٩٠) والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٦٤) ، والبيهقي (٦ /٤٦) .

وكذلك رواه خيثم بن عراك ، عن أبيه ، عن أبي هريرة أخرجه مسلم (٣ /١١٩٤ رقم ٢٥ /١٥٥٩) ، والبيهقي (٦ /٤٦) .

وكذلك رواه هشام بن يحيى ، عن أبي هريرة . أخرجه الدارقطني (٣ /٣٠ رقم ١١٢) والبيهقي (٦ /٤٦) .

=

غُرَمَائِهِ مالَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أُسْوَةُ الغُرماءِ » وهذا الحديث أولى ؛ لأنه موافق للأصول الثابتة . قالوا : وللجمع بين الحديثين وجه ، وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة

= (**اللفظ الثاني**) : مثله إلا أنه زاد فيه ذكر الميت مع المفلس . وجعل حكمهما واحدًا.
رواه ابن أبي ذئب ، عن أبي المعتمر ، عن عمر بن خلدة الزرقي قال : جئنا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس ، فقال : هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ : « أيما رجل مات ، أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعَينه » .
أخرجه الطيالسي (١ /٢٧٤ رقم ١٣٨٥ - منحة المعبود) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٦٣ رقم ٥٦٤) ، وأبو داود (٣ /٧٩٣ رقم ٣٥٢٣) ، وابن ماجه (٢ /٧٩٠ رقم ٢٣٦٠) ، وابن الجارود (رقم ٦٣٤) ، والحاكم (٢ /٥٠-٥١) ، والبيهقي (٦ /٤٦) .
قال الحاكم : صحيح الإسناد ، ووافقه الذهبي .
قلت : أبو المعتمر هذا لا يُدْرى من هو ، وما روى عنه أحد غير ابن أبي ذئب ، وقد قال الذهبي في الميزان (٤ /٥٧٥) : لا يُعرف ، فكيف يصح إسناده .
(**اللفظ الثالث**) : وفيه الفرق بين المفلس الحي وبين الميت ، وبين البائع الذي قبض شيئاً من الثمن والذي لم يقبض .
رواه الزهري ، عن أبي بكر بن عبد الرحمن ، عن أبي هريرة . أن رسول الله ﷺ قال : « أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل أفلس ، ولم يقبض من ثمنها شيئاً فهي له ، فإن كان قضاه من ثمنها شيئاً فما بقي فهو أسوة الغرماء ، وأيما امرىء هلك وعنده مال امرىء بعينه اقتضى منه شيئاً أو لم يقتضِ فهو أسوةُ الغرماء » . أخرجه أبو داود (٣ /٧٩١ رقم ٣٥٢٠) وابن الجارود (رقم ٦٣٢) ، والدارقطني (٣ /٣٠ رقم ١١٠) ، والبيهقي (٦ /٤٦) من طريق إسماعيل بن عياش ، عن الزبيدي ، عن الزهري .
ورواه إسماعيل بن عياش مرة أخرى ، عن موسى بن عقبة ، عن الزهري بسنده ، فذكر الإفلاس دون الهلاك .
أخرجه ابن ماجه (٢ /٧٩٠ رقم ٢٣٥٩) ، وابن الجارود (رقم ٦٣١) ، والدارقطني (٣ /٢٩ رقم ١٠٩) ، والبيهقي (٦ /٤٧) .
وانظر الإرواء للمحدث الألباني (٥ /٢٦٨ -٢٧٢ رقم ١٤٤٢) .

والعارية ، إلا أن الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد في لفظ حديث أبي هريرة في بعض الروايات[1] من ذكر البيع ، وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشتري السلعة ، فأما قبل القبض فالعلماء متفقون أهل الحجاز وأهل العراق أن صاحب السلعة أحق بها لأنها في ضمانه ، واختلف القائلون بهذا الحديث إذا قبض البائع بعض الثمن ، فقال مالك : إن شاء أن يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلها ، وإن شاء حاص الغرماء فيما بقي من سلعته ، وقال الشافعي : بل يأخذ ما بقي من سلعته بما بقي من الثمن ، وقالت جماعة من أهل العلم داود وإسحق وأحمد : إن قبض من الثمن شيئًا فهو أسوة الغرماء . وحجتهم ما روى مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله ﷺ قال : « أيما رَجُلٍ باعَ مَتاعا فأفلَسَ الَّذِي ابْتَاعهُ ولمْ يَقْبِضْ الذِي باعَهُ شَيْئًا فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أحَقُّ بِهِ ، وإنْ ماتَ الَّذِي ابْتاعَهُ فَصَاحِبُ المَتاعِ أُسْوَةُ الغُرَماءِ »[2] وهو حديث وإن أرسله مالك فقد أسنده عبد الرزاق ، وقد روي من طريق الزهري عن أبي هريرة فيه زيادة بيان ، وهو قوله فيه « فإن كان قبض من ثمنه شيئًا فهو أسوة الغرماء »[3]. ذكره أبو عبيد في كتابه في الفقه وخرجه . وحجة الشافعي أن كل السلعة أو بعضها في الحكم واحد ، ولم يختلفوا أنه إذا فوت المشتري بعضها أن البائع أحق بالمقدار الذي أدرك من سلعته ، إلا عطاء فإنه قال : إذا فوت المشتري بعضها كان البائع أسوة الغُرَماء . واختلف الشافعي ومالك في الموت هل حكمه حكم الفلس أم لا ؟ فقال مالك : هو في الموت أسوة الغرماء ، بخلاف الفلس ، وقال الشافعي : الأمر في ذلك واحد . وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبي بكر ، وهو نص في ذلك ، وأيضًا من جهة النظر إن فرقًا بين الذمة في الفلس

---

(١) تقدم ذلك في اللفظ الثالث .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) تقدم تخريجه .

والموت ، وذلك أن الفلس ممكن أن تثري حاله فيتبعه غرماؤه بما بقي عليه ، وذلك غير متصور في الموت . وأما الشافعي فعمدته ما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « أيما رَجُلٍ ماتَ أوْ أفْلَسَ فَصَاحِبُ المَتاعِ أحَقُّ بِهِ »[1] فسوى في هذه الرواية بين الموت والفلس . قال : وحديث ابن أبي ذئب أولى من حديث ابن شهاب ، لأن حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ، ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه لمالكه إلا بعد أداء ما عليه ، فأشبه مال المفلس ، وقياس مالك أقوى من قياس الشافعي ، وترجيح حديثه على حديث ابن أبي ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى ، وذلك أن ما وافق من الأحاديث المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه ؛ أعني : أن القياس الموافق لحديث الشافعي هو قياس شبه ، والموافق لحديث مالك قياس معنى ، ومرسل مالك خرجه عبد الرزاق .

فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس ، وأيضًا فإن الأصل يشهد لقول مالك في الموت ، أعني : أن من باع شيئًا فليس يرجع إليه ، فمالك رحمه الله أقوى في هذه المسألة ، والشافعي إنما ضعف عنده فيها قول مالك لما روي من المسند المرسل عنده لا يجب العمل به . واختلف مالك والشافعي فيمن وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضًا يغرسها أو عرصة يبنيها ، فقال مالك : العمل الزائد فيها هو فوت ، ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء . وقال الشافعي : بل يُخَيَّر البائع بين أن يعطي قيمة ما أحدث المشتري في سلعته ويأخذها ، أو أن يأخذ أصل السلعة ويحاص الغرماء في الزيادة ، وما يكون فوتًا مما لا يكون فوتًا في مذهب مالك منصوص في كتبه المشهورة . وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم به أحق من سائر الغرماء في الموت والفلس ، أو في الفلس دون الموت أن الأشياء المبيعة بالدين تنقسم في

---
(١) تقدم تخريجه .

التفليس ثلاثة أقسام : عرض يتعين ، وعين اختلف فيه هل يتعين فيه أم لا ؟ وعمل لا يتعين : فأما العرض فإن كان في يد بائعه لم يسلمه حتى أفلس المشتري ، فهو أحق به في الموت والفلس ، وهذا مالا خلاف فيه ، وإن كان قد دفعه إلى المشتري ثم أفلس وهو قائم بيده ؛ فهو أحق به من الغرماء في الفلس دون الموت ، ولهم عنده أن يأخذوا سلعته بالثمن ، وقال الشافعي : ليس لهم ، وقال أشهب : لا يأخذونها إلا بزيادة يحطونها عن المفلس ، وقال ابن الماجشون : إن شاءوا كان الثمن من أموالهم أو من مال الغريم ، وقال ابن كنانة : بل يكون من أموالهم ، وأما العين فهو أحق بها في الموت أيضًا ، والفلس ما كان بيده . واختلف إذا دفعه إلى بائعه فيه ففلَّس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه ، فقيل : إنه أحق به كالعروض في الفلس دون الموت وهو قول ابن القاسم ، وقيل : إنه لا سبيل له عليه ، وهو أسوة الغرماء ، وهو قول أشهب ، والقولان جاريان على الاختلاف في تعيين العين ، وأما إن لم يعرف بعينه فهو أسوة الغرماء في الموت والفلس .
وأما تعمل الذي لا يتعين فإن أفلس المستأجر قبل أن يستوفي عمل الأجير كان الأجير أحق بما عمله في الموت والفلس جميعًا ، كالسلعة إذا كانت بيد البائع في وقت الفلس ، وإن كان فلسه بعد أن استوفى عمل الأجير ، فالأجير أسوة الغرماء بأجرته التي شارطه عليها في الفلس والموت جميعًا على أظهر الأقوال ، إلا أن تكون بيده السلعة التي استؤجر على عملها ، فيكون أحق بذلك في الموت والفلس جميعًا ، لأنه كالرهن بيده ، فإن أسلمه كان أسوة الغرماء بعمله ، إلا أن يكون له فيه شيء أخرجه فيكون أحق به في الفلس دون الموت ، وكذلك الأمر عنده في فلس مكتري الدواب إن استكرى أحق بما عليه من المتاع في الموت والفلس جميعًا ، وكذلك مكتري السفينة ، وهذا كله شبيه مالك بالرهن وبالجملة فلا خلاف في مذهبه أن البائع أحق بما في يديه في الموت والفلس ، وأحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده في الفلس دون الموت ، وأنه أسوة الغرماء في سلعته إذا

فاتت ، وعندما يشبه حال الأجير عند أصحاب مالك ، وبالجملة البائع منفعة بالبائع الرقبة ، فمرة يشبهون المنفعة التي عمل بالسلعة التي لم يقبضها المشتري فيقولون : هو أحق بها في الموت والفلس ، ومرة يشبهونه بالتي خرجت من يده ولم يمت فيقولون : هو أحق بها في الفلس دون الموت ، ومرة يشبهون ذلك بالموت الذي فاتت فيه فيقولون : هو أسوة الغرماء . ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقي حائط فسقاه ، حتى أثمر الحائط ، ثم أفلس المستأجر فإنهم قالوا فيه الثلاثة الأقول وتشبيه بيع المنافع في هذا الباب ببيع الرقاب هو شيء – فيما أحسب – انفرد به مالك دون فقهاء الأمصار وهو ضعيف ؛ لأن قياس الشبه المأخوذ من الموضع المفارق للأصول يضعف ، ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ، ولكن انقدح هنالك قياس علة ، فهو أقوى ، ولعل المالكية تدعي وجود هذا المعنى في القياس ، لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر .

ومن هذا الباب اختلافهم في العبد المفلس المأذون له في التجارة ، هل يتبع بالدين في رقبته أم لا ؟ فذهب مالك وأهل الحجاز إلى أنه إنما يتبع بما في يده لا في رقبته ، ثم إن أعتق بما بقي عليه ورأى قوم أنه يباع ، ورأى قوم أن الغرماء يخيرون بين بيعه وبين أن يسعى فيما بقي عليه من الدين ، وبه قال شريح ، وقالت طائفة : بل يلزم سيده ما عليه وإن لم يشترطه ، فالذين لم يروا بيع رقبته قالوا : إنما عامل الناس على ما في يده فأشبه الحر ، والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك بالجنايات التي يجني ، وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين ، فإنهم شبهوا ماله بمال السيد إذ كان له انتزاعه .

فسبب الخلاف هو تعارض أقيسة الشبه في هذه المسألة ، ومن هذا المعنى إذا أفلس العبد والمولى معًا بأي يبدأ ، هل بدين العبد ، أم بدين المولى ؟ فالجمهور يقولون : بدين العبد ؛ لأن الذين داينوا العبد إنما فعلوا ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال ، والذين داينوا المولى لم يعتدوا بمال العبد ، ومن رأى البدء بالمولى

قال : لأن مال العبد هو في الحقيقة للمولى .

فسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال الأجنبي أو حكم مال السيد . وأما قدر ما يترك للمفلس من ماله فقيل في المذهب : يترك له ما يعيش به هو وأهله وولده الصغار الأيام ، وقال في الواضحة والعتبية : الشهر ونحوه ، ويترك له كسوة مثله ، وتوقف مالك في كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بعوض مقبوض ، وهو الانتفاع بها أو بغير عوض ، وقال سحنون : لا يترك له كسوة زوجته ، وروى ابن نافع عن مالك أنه لا يترك له إلا ما يواريه ، وبه قال ابن كنانة ، واختلفوا في بيع كتب العلم عليه على قولين . وهذا مبني على كراهية بيع كتب الفقه أو لا كراهية ذلك .

وأما معرفة الديون التي يحاصّ بها من الديون التي لا يحاص بها على مذهب مالك فإنها تنقسم أولا إلى قسمين :

أحدهما : أن تكون واجبة عن عوض .

والثاني : أن تكون واجبة من غير عوض .

فأما الواجبة عن عوض ، فإنها تنقسم إلى عوض مقبوض ، وإلى عوض غير مقبوض ، فأما ما كانت عن عوض مقبوض ، وسواء كانت مالا أو أرش جناية ، فلا خلاف في المذهب أن محاصة الغرماء بها واجبة . وأما ما كان عن عوض غير مقبوض ، فإن ذلك ينقسم خمسة أقسام :

أحدها : أن لا يمكنه دفع العوض ، بحال كنفقة الزوجات لما يأتي من المدة .

والثاني : أن لا يمكنه دفع العوض ولكن يمكنه دفع ما يستوفي فيه ، مثل أن يكتري الرجل الدار بالنقد ، أو يكون العرف فيه النقد ، ففلس المكتري قبل أن يسكن أو بعد ما سكن بعض السكنى وقبل أن يدفع الكراء .

والثالث : أن يكون دفع العوض يمكنه وطرحه كرأس مال السلم إذا أفلس المسلم إليه قبل دفع رأس المال .

والرابع : أن يمكنه دفع العوض ولا يلزمه مثل السلعة إذا باعها ففلس المبتاع قبل أن يدفعها إليه البائع .

والخامس : أن لا يكون إليه تعجيل دفع العوض ، مثل أن يسلم الرجل إلى الرجل دنانير في عروض إلى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال ، وقبل أن يحل أجل السلم .

فأما الذي لا يمكنه دفع العوض بحال فلا محاصة في ذلك ، إلا في مهور الزوجات إذا فلس الزوج قبل الدخول . وأما الذي لا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستوفي منه ، مثل المكتري يفلس قبل دفع الكراء ، فقيل للمكري : المحاصة بجميع الثمن وإسلام الدار للغرماء ، وقيل : ليس له إلا المحاصة بما سكن ويأخذ داره ، وإن كان لم يسكن فليس له إلا أخذ داره . وأما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه وهو إذا كان العوض عينًا ، فقيل : يحاص به الغرماء في الواجب له بالعوض ويدفعه ، فقيل : هو أحق به وعلى هذا لا يلزمه دفع العوض . وأما ما يمكنه دفع العوض ، ولا يلزمه فهو بالخيار بين المحاصة والإمساك ، وذلك هو إذا كان العوض عينًا . وأما إذا لم يكن إليه تعجيل العوض ، مثل أن يفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال، وقبل أن يحل أجل السلم ، فإن رضي المسلم إليه أن يعجل العروض ويحاصص الغرماء برأس مال السلم ، فذلك جائز إن رضي بذلك الغرماء ، فإن أبى ذلك أحد الغرماء حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال ، وفي العروض التي عليه إذا حلت ؛ لأنها من مال المفلس ، وإن شاءوا أن يبيعوها بالنقد ويتحاصوا فيها كان ذلك لهم . وأما ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض ، فإن ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات و الصدقات فلا محاصة فيها . وأما ما كان منها واجبا بالشرع كنفقة الآباء

والأبناء ، ففيها قولان :

أحدهما : أن المحاصة لا تجب بها ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنها تجب بها إذا لزمت بحكم من السلطان ، وهو قول أشهب .

وأما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص ، فإن الحكم في ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء ، وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد ، أو من أجناس مختلفة ، إذ كان لا يقتضى في الديون إلا ما هو من جنس الدين إلا أن يتفقوا من ذلك على شيء يجوز . واختلفوا من هذا الباب في فرع طارىء ، وهو إذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء : ممن مصيبته ؟ فقال أشهب : مصيبته من المفلس ، وقال ابن الماجشون : مصيبته من الغرماء إذا وقفه السلطان . وقال ابن القاسم : ما يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغريم ؛ لأنه إنما يباع على ملكه ، وما لا يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغرماء مثل أن يكون المال عينًا والدين عينا ، كلهم روى قوله عن مالك . وفرق أصبغ بين الموت والفلس فقال : المصيبة في الموت من الغرماء ، وفي الفلس من المفلس . فهذا هو القول في أصول أحكام المفلس الذي له من المال ما لا يفي بديونه . وأما المفلس الذي لا مال له أصلًا ، فإن فقهاء الأمصار مجمعون على أن العدم له تأثير في إسقاط الدين إلى وقت ميسرته ، إلا ما حكي عن عمر بن عبد العزيز أن لهم أن يؤاجروه ، وقال به أحمد من فقهاء الأمصار ، وكلهم مجمعون على أن المدين إذا ادعى الفلس ، ولم يعلم صدقه ؛ أنه يحبس حتى يتبين صدقه ، أو يقر له بذلك صاحب الدين ، فإذا كان ذلك خلي سبيله . وحكي عن أبي حنيفة أن لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار ، وإنما صار الكل إلى القول بالحبس في الديون ، وإن كان لم يأت في ذلك أثر صحيح ؛ لأن ذلك أمر ضروري في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض ، وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضي المصلحة ، وهو الذي يسمى بالقياس المرسل . وقد روي أن النبي ﷺ حبس

رجلًا في تهمة ، خرجه فيما أحسب أبو داود[1] والمحجورون عند مالك : السفهاء والمفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث ؛ لأنه يرى أن للزوج حقًا في المال ، وخالفه في ذلك الأكثر . وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الكتاب .

---

(١) قلت : وهو كذلك ، في السنن (٤ /٤٦ رقم ٣٦٣٠) .
وأخرجه الترمذي (٤ /٢٨ رقم ١٤١٧) ، والنسائي (٨ /٦٧) ، والحاكم (٤ /١٠٢) ، والبيهقي (٦ /٥٣) ، وعبد الرزاق في المصنف (٨ /٣٠٦ رقم ١٥٣٠٩) .
من حديث بهز بن حكيم عن أبيه ، عن جده « أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة ساعة من نهار ، ثم خلى عنه » واللفظ للبيهقي .
وأكثرهم قال : « حبس رجلاً في تهمة ثم خلى عنه » .
قال الترمذي : حديث حسن .
وقال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . ووافقه الذهبي .
قلت : هو حديث حسن . وقد حسنه الألباني في صحيح سنن الترمذي (رقم ١١٤٥ /١٤٥٠) .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٤٢ - كتاب الصلح □

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى : ﴿ **والصُّلْحُ خَيْرٌ** ﴾[١] وما روي عن النبي ﷺ مرفوعًا ومرقوفًا على عمر[٢] : « إمْضَاء الصُّلْحِ جائِزٌ بَيْنَ

---

(١) سورة النساء : الآية (١٢٨) .

(٢) قلت : ليس في هذا الحديث إمضاء على ما رأيته في جميع طرقه .

● أما المرفوع : فقد أخرجه أبو داود (٤/ ١٩ رقم ٣٥٩٤) ، وابن الجارود (رقم ٦٣٧ و ٦٣٨) ، وابن حبان (صـ٢٩١ رقم ١١٩٩ - الموارد) ، والدارقطني (٣/ ٢٧ رقم ٩٦) ، والحاكم (٢/ ٤٩) ، والبيهقي (٦/ ٦٤ و ٦٥) ، وأحمد (٢/ ٣٦٦) ، وابن عدي في الكامل (٦/ ٢٠٨٨) . كلهم من حديث كثير بن زيد ، عن الوليد بن رباح ، عن أبي هريرة : « أن رسول الله ﷺ قال : المسلمون على شروطهم ، والصلح جائز بين المسلمين » زاد بعضهم : « إلا صلحاً حرم حلالا وأحل حراماً » .

قال الحاكم : « رواة هذا الحديث مدنيون » فلم يصنع شيئاً !!

ولهذا قال الذهبي : « لم يصححه ، وكثير ضعفه النسائي ، وقواه غيره » وقال ابن حجر في التقريب (٢/ ١٣١ رقم ١١):« صدوق يخطىء » .

قلت : لم يتفرد به .

● وله شاهد : أخرجه الترمذي (٣/ ٦٣٤ رقم ١٣٥٢) ، وابن ماجه (٢/ ٧٨٨ رقم ٢٣٥٣) ، والحاكم (٤/١٠١) ، والدارقطني (٢٧/٣ رقم ٩٨) ، والبيهقي (٦/ ٧٩) . =

الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحا أَحَلَّ حَرَاما أَوْ حَرَّم حَلالًا » واتفق المسلمون على جوازه على الإقرار ، واختلفوا في جوازه على الإنكار ، فقال مالك وأبو حنيفة : يجوز على الإنكار ، وقال الشافعي : لا يجوز على الإنكار ؛ لأنه من أكل المال بالباطل من غير عوض ، والمالكية تقول فيه عوض ، وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه ، ولا خلاف في مذهب مالك أن الصلح الذي يقع على الإقرار يراعى في

= من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف ، عن أبيه ، عن جده ، مرفوعاً : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالا ، أو أحل حراماً » .

وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

قلت : فيه كثير بن عبد الله هذا مجمع على ضعفه ، وقد قال ابن حجر في التقريب (٢ / ١٣٢ رقم ١٧) : « ضعيف ، منهم من نسبه إلى الكذب » .

وسكت الحاكم على الحديث ، وقال الذهبيُّ : « واهٍ » .

● وله شاهد من حديث عائشة مرفوعًا بزيادة : « ما وافق الحق » أخرجه الدارقطني (٣ /٢٧ رقم ٩٩) ، والحاكم (٢ /٤٩) .

قلت : وهذا إسناد ضعيف جداً ، من أجل عبد العزيز بن عبد الرحمن وهو البالسي الجزري ، اتهمه الإمام أحمد ، وقال النسائيُّ وغيره : ليس بثقة . ولهذا قال الحافظ في « التلخيص » (٣ /٢٣) : « وإسناده واه » .

وفي الباب شواهد أخر من حديث أنس ، ورافع بن خديج ، وابن عمر شديدة الضعف ؛ ولذا قال الحافظ ابن حجر في « التلخيص » (٣ /٢٣ رقم ١١٩٥) : ضعيف .

وقال المحدث الألباني في الإرواء (٥ /١٤٥ -١٤٦) : « وجملة القول : أن الحديث بمجموع هذه الطرق يرتقي إلى درجة الصحيح لغيره .

وهي وإن كان في بعضها ضعف شديد ، فسائرها ، مما يصلح الاستشهاد به .

لا سيما وله شاهد مرسل جيد ، فقال ابن أبي شيبة - (٦ /٥٦٨) - : نا يحيى ابن أبي زائدة ، عن عبد الملك هو ابن أبي سليمان عن عطاء ، عن النبي ﷺ مرسلاً .

وذكره في « التلخيص » وسكت عليه ، وإسناده مرسل صحيح رجاله كلهم ثقات رجال مسلم » اهـ .

● وأما الموقوف : فقد أخرجه البيهقي (٦ /٦٥) موقوفاً على عمر كتبه إلى أبي موسى الأشعري .

صحته ما يراعى في البيوع ، فيفسد بما تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته ، وهذا هو مثل أن يدعي إنسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الإقرار بدنانير نسيئة ، وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا والغرر . وأما الصلح على الانكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى فيه من الصحة ما يراعى في البيوع ، مثل أن يدعي إنسان على آخر دراهم فينكر ، ثم يصالحه عليها مؤجلة ، فهذا لا يجوز عند مالك وأصحابه ، وقال أصبغ : هو جائز ؛ لأن المكروه فيه من الطرف الواحد ، وهو من جهة الطالب ؛ لأنه يعترف أنه أخذ دنانير نسيئة في دراهم حلت له . وأما الدافع فيقول : هي هبة مني . وأما إن ارتفع المكروه من الطرفين ، مثل أن يدعي كل واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم ، فينكر كل واحد منهما صاحبه ، ثم يصطلحان على أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبَلَه إلى أجل ، فهذا عندهم هو مكروه ، أما كراهيته فمخافة أن يكون كل واحد منهما صادقًا ، فيكون كل واحد منهما قد أنظر صاحبه لإنظار الآخر إياه فيدخله أسلفني وأسلفك . وأما وجه جوازه ؛ فلأن كل واحد منهما إنما يقول ما فعلت إنما هو تبرع مني ، وما كان يجب علي شيء ، وهذا النحو من البيوع قيل : إنه يجوز إذا وقع ، وقال ابن الماجشون : يفسخ إذا وقع عليه إثر عقده ، فإن طال مضى ، فالصلح الذي يقع فيه مما لا يجوز في البيوع هو في مذهب مالك على ثلاثة أقسام : صلح يفسخ باتفاق ، وصلح يفسخ باختلاف ، وصلح لا يفسخ باتفاق إن طال ، وإن لم يطل فيه اختلاف .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٤٣ - كِتَابُ الكَفَالَةِ □

واختلف العلماء في نوعها وفي وقتها ، وفي الحكم اللازم عنها ، وفي شروطها ، وفي صفة لزومها ، وفي محلها . ولها أسماء : كفالة ، وحمالة ، وضمانة ، وزعامة . فأما أنواعها فنوعان : حمالة بالنفس ، وحمالة بالمال . أما الحمالة بالمال فثابتة بالسنة ، ومجمع عليها من الصدر الأول ، ومن فقهاء الأمصار . وحكي عن قوم أنها ليست لازمة تشبيها بالعدة وهو شاذ . والسنة التي صار إليها الجمهور في ذلك هو قوله ﷺ : « الزَّعِيمُ غارِمٌ »[1] . وأما الحمالة بالنفس

---

(١) أخرجه أبو داود (٣ /٨٢٤ رقم ٣٥٦٥) ، والترمذي (٣ /٥٦٥ رقم ١٢٦٥) و (٤ /٤٣٣ رقم ٢١٢٠) ، والدارقطني (٣ /٤١ رقم ١٦٦) ، والبيهقي (٦ /٨٨) ، والقضاعي في مسند الشهاب (١ /٦٤ رقم ٥٠) ، وأحمد (٥ /٢٦٧) ، وابن أبي شيبة (٧ /٢٠٠) ، وعبد الرزاق (٨ /١٧٣ رقم ١٤٧٦٧) ، والطيالسي (صـ١٥٤ رقم ١١٢٦) ، وابن عدي في الكامل (١ /٢٨٩ - ٢٩٠) كلهم من طريق إسماعيل بن عياش ، ثنا شرحبيل بن مسلم قال : سمعت أبا أمامة يقول : « سمعت رسول الله ﷺ ، يقول في خطبة حجة الوداع : العارية مؤداة ، والمنحة مردودة ، والدين مقضي ، والزعيم غارم » .

قال الترمذي : حديث حسن . وقال ابن عدي : « وإسماعيل بن عياش حديثه عن الشاميين إذا روى عنه ثقة ، فهو مستقيم الحديث ، وفي الجملة هو ممن يكتب حديثه ، ويحتج به في حديث الشاميين خاصته » .

قلت : وهذا من حديثه عنهم ، فإن شرحبيل بن مسلم شامي ، لكن فيه لين ،=

وهي التي تعرف بضمان الوجه ، فجمهور فقهاء الأمصار على جواز وقوعها شرعا إذا كانت بسبب المال . وحكي عن الشافعي في الجديد أنها لا تجوز ، وبه قال داود ، وحجتهما قوله تعالى : ﴿ **مَعاذَ اللّٰه أنْ نأْخُذَ إلَّا مَنْ وَجَدنا مَتاعَنا عِنْدَهُ** ﴾[1]. ولأنها كفالة بنفس فأشبهت الكفالة في الحدود . وحجة من أجازها عموم قوله ﷺ : « الزعيم غارم » وتعلقوا بأن في ذلك مصلحة ، وأنه مروي عن الصدر الأول ، وأما الحكم اللازم عنها ، فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على أن المتحمل عنه إذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شيء ، وحكي عن بعضهم لزوم ذلك . وفرق ابن القاسم بين أن يموت الرجل حاضرًا أو غائبا فقال : إن مات حاضرًا ؛ لم يلزم الكفيل شيء ، وإن مات غائبًا نظر ، فإن كانت المسافة التي بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها إحضاره في الأجل المضروب له في إحضاره ، وذلك في نحو اليومين إلى الثلاثة ففرط ، غرم وإلا لم يغرم .

واختلفوا إذا غاب المتحمل عنه ما حكم الحميل بالوجه على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أنه يلزمه أن يحضره أو يغرم ، وهو قول مالك وأصحابه وأهل المدينة .

والقول الثاني : إنه يحبس الحميل إلى أن يأتي به أو يعلم موته ، وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق .

والقول الثالث : أنه ليس عليه إلا أن يأتي به إذا علم موضعه ، ومعنى ذلك أن لا يكلف إحضاره إلا مع العلم بالقدرة على إحضاره ، فإن ادعى الطالب معرفة موضعه على الحميل وأنكر الحميل ؛كلف الطالب بيان ذلك .

= فالإسناد حسن .

والخلاصة أن الحديث حسن .

● الزعيم : الكفيل .

● الغارم : الضامن .

(١) يوسف : الآية (٨٩) .

قالوا : ولا يحبس الحميل إلا إذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع ، فيكلف حيئنذ إحضاره ، وهذا القول حكاه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس واختاره . وعمدة مالك أن المتحمل بالوجه غارم لصاحب الحق فوجب عليه الغرم إذا غاب ، وربما احتج لهم بما روي عن ابن عباس[1] : « أن رجلًا سأل غَريمهُ أن يؤدي إليه مالَهُ أو يعطِيَهُ حِميلًا ، فلم يَقْدِرْ حتى حاكَمهُ إلى النبي ﷺ ، فتحمَّلَ عنه رسولُ اللهِ ﷺ ثم أدى المالَ إليهِ » قالوا : فهذا غرم في الحمالة المطلقة . وأما أهل العراق فقالوا : إنما يجب عليه إحضار ما تحمل به وهو النفس ، فليس يجب أن يعدي ذلك إلى المال إلا لو شرطه على نفسه ، وقد قال ﷺ : « المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ »[2] فإنما عليه أن يحضره أو يحبس فيه ، فكما أنه إذا ضمن المال فإنما عليه أن يحضر المال أو يحبس فيه ، كذلك الأمر في ضمان الوجه . وعمدة الفريق الثالث أنه إنما يلزمه إحضاره إذا كان إحضاره له مما يمكن ، وحينئذ يحبس إذا لم يحضره ، وأما إذا علم أن إحضاره له غير ممكن فليس يجب عليه إحضاره ، كما أنه إذا مات ليس عليه إحضاره . قالوا : ومن ضمن الوجه فأغرم المال فهو أحرى أن يكون مغرورًا من أن يكون غارًا . فأما إذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط ، فقد قال مالك : إن

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/٦٢٢ رقم ٣٣٢٨) ، وابن ماجه (٢ /٨٠٤ رقم ٢٤٠٦) ، والحاكم (٢/٢٩) ، والبيهقي (٦/٧٤) عنه : « أن رجلًا غريمًا له بعشرة دنانير فقال : والله لا أفارقك حتى تقضي أو تأتيني بحميل قال : فتحمل بها النبي ﷺ فأتاه بقدر ما وعده ، فقال له النبي ﷺ : من أين أصبت هذا الذهب ؟ قال : من معدن ، قال : لاحاجة لنا فيها ليس فيها خير فقضاها عنه رسول الله ﷺ » .
قال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه .
وقال الألباني في الإرواء (٥ /٢٤٧) : « وهذا إسناد صحيح رجاله رجال الصحيح » .
قلت : والحديث صحيح .

(٢) تقدم تخريجه قريباً .

المال لا يلزمه ، ولا خلاف في هذا فيما أحسب ؛ لأنه كان يكون قد ألزم ضد ما اشترط ، فهذا هو حكم ضمان الوجه . وأما حكم ضمان المال ، فإن الفقهاء متفقون على أنه إذا عدم المضمون أو غاب أن الضامن غارم . واختلفوا إذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر ، فقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحق : للطالب أن يؤاخذ من شاء من الكفيل أو المكفول ، وقال مالك في أحد قوليه : ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه . وله قول آخر مثل قول الجمهور . وقال أبو ثور : الحمالة والكفالة واحدة ، ومن ضمن عن رجل مالًا لزمه وبرىء المضمون ، ولا يجوز أن يكون مال واحد على اثنين ، وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة . ومن الحجة لما رأى أن الطالب يجوز له مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائبًا أو حاضرًا ، غنيًا أو عديمًا حديث قبيصة بن المخارقي[1] قال: « تحملت حمالة فأتيت النبي ﷺ فسألته عنها، فقال: نُخْرِجُها عَنْكَ مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَة يا قَبِيصَةُ ، إنَّ المَسْأَلَةَ لَا تَحِلُّ إِلَّا في ثَلاثٍ ، وَذَكَرَ رَجُلًا تَحَمَّلَ حَمَالَةَ رَجُلٍ حتَّى يُؤَدِّيهَا » . ووجه الدليل من هذا أن النبي ﷺ أباح المسألة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه . وأما محل الكفالة فهي الأموال عند جمهور أهل العلم لقوله ﷺ : « الزعيم غارم »[2] ، أعني : كفالة المال وكفالة الوجه ، وسواء تعلقت الأموال من قبل أموال أو من قبل حدود مثل المال الواجب في قتل الخطأ ، أو الصلح في قتل العمد أو السرقة التي ليس يتعلق بها قطع ، وهي ما دون النصاب أو من غير ذلك . وروي عن أبي حنيفة إجازة الكفالة في الحدود والقصاص ، أو في القصاص دون الحدود وهو قول عثمان

---

(١) أخرجه مسلم (٢ /٧٢٢ رقم ١٠٩ /١٠٤٤) ، وأبو داود (٢ /٢٩٠ رقم ١٦٤٠) ، والنسائي (٥ /٨٩) ، والدارمي (١ /٣٩٦) ، وأحمد (٥ /٦٠) ، والطيالسي (١ /١٧٦ رقم ٨٣٤) ، والدارقطني (٢ /١٢٠ رقم ٢) ، والبيهقي (٦ /٧٣) .

(٢) تقدم تخريجه قريباً .

البتي ، أعني : كفالة النفس . وأما وقت وجوب الكفالة بالمال ، أعني : مطالبته بالكفيل ، فأجمع العلماء على أن ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول إما بإقرار وإما ببينة . وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه ، فاختلفوا هل تلزم قبل إثبات الحق أم لا ؟ فقال قوم : إنها لا تلزم قبل إثبات الحق بوجه من الوجوه ، وهو قول شريح القاضي والشعبي ، وبه قال سحنون من أصحاب مالك . وقال قوم : بل يجب أخذ الكفيل بالوجه على إثبات الحق ، وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك ؟ وإلى كم من المدة يلزم ؟ فقال قوم : إن أتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد ؛ لزمه أن يعطي ضامنًا بوجهه حتى يلوح حقه ، وإلا لم يلزمه الكفيل إلا أن يذكر بينة حاضرة في المصر ، فيعطيه حميلًا من الخمسة الأيام إلى الجمعة ، وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك ، وقال أهل العراق : لا يؤخذ عليهم حميل قبل ثبوت الحق إلا أن يدعي بينة حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم ، إلا أنهم حدوا ذلك بالثلاثة الأيام يقولون : إنه إن أتى بشبهة ؛ لزمه أن يعطيه حميلًا حتى يثبت دعواه أو تبطل ، وقد أنكروا الفرق في ذلك والفرق بين الذي يدعي البينة الحاضرة والغائبة ، وقالوا : لا يؤخذ حميل على أحد إلا ببينة ، وذلك إلى بيان صدق دعواه أو إبطالها .

وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك ، فإنه إذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن أن يغيب بوجهه فيعنت طالبة ، وإذا أخذ عليه لم يؤمن أن تكون الدعوى باطلة فيعنت المطلوب ، ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة . وروي عن عَرَاك بن مالك[1] قال : « أقبل نفر من الأعراب معهم ظهر فصحبهم رجلان فباتا معهم ، فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من إبلهم ، فقال رسول الله ﷺ لأحد الرجلين : اذْهَبْ

(١) قلت : عراك بن مالك تابعي ، والحديث مرسل وقد تقدم في كتاب التفليس موصولاً من رواية عراك ، عن أبي هريرة في حديث أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة .

واطْلُبْ وحبس الآخر ، فجاء بما ذهب ، فقال رسول الله ﷺ لأحد الرجلين : اسْتَغْفِرْ لي ، فقال : غفر الله لك ، قال : وأنْتَ فَغَفَرَ اللّٰهُ لك وقَتَلَكَ في سَبِيلِهِ »

خرج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه بالفقه قال : وحمله بعض العلماء على أن ذلك كان من رسول الله حبسًا قال : ولا يعجبني ذلك ؛ لأنه لا يجب الحبس بمجرد الدعوى ، وإنما هو عندي من باب الكفالة بالحق الذي لم يجب إذا كانت هنالك شبهة لمكان صحبتهما لهم . فأما أصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لاختلافهم في ضمان الميت إذا كان عليه دين و لم يترك وفاء بدينه ، فأجازه مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز . واستدل أبو حنيفة من قبل أن الضمان لا يتعلق بمعدوم قطعًا ، وليس كذلك المفلس . واستدل من رأى أن الضمان يلزمه بما روي أن النبي ﷺ كان في صدر الإسلام لا يصلي على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه[1] ، والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ، ولا يصح عند أبي حنيفة . وأما شروط الكفالة فإن أبا حنيفة والشافعي يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان بإذنه ، ومالك لا يشترط ذلك ، ولا تجوز عند الشافعي كفالة المجهول ولا الحق الذي لم يجب بعد ، وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه . وأما ماتجوز فيه الحمالة بالمال مما لا تجوز ، فإنها لا تجوز عند مالك بكل مال ثابت في الذمة إلا الكتابة ، وما لا يجوز فيه التأخير ، وما يستحق شيئًا فشيئًا مثل النفقات على الأزواج ، وما شاكلها .

---

(١) أخرج البخاري (٤ /٤٧٧ رقم ٢٢٩٨) ، ومسلم (٣ /١٢٣٧ رقم ١٤ /١٦١٩) .
عن أبي هريرة ، قال : « كان رسول الله ﷺ يؤتى بالرجل المتوفى عليه دين فيسأل هل ترك لدينه فضلاً فإن حُدّثَ أنه ترك لدينه وجاء صلى ، وإلا قال للمسلمين : صلوا على صاحبكم ، فلما فتح الله عليه الفتوح ، قال : أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفي من المؤمنين فترك ديناً فعليَّ قضاؤه ، ومن ترك مالاً فلورثته » . واللفظ للبخاري .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

☐ ٤٤ - كتاب الحوالة ☐

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين ، لقوله ﷺ : «مَطْلُ الغَنِيّ ظُلْمٌ وإذَا أُحِيلَ أحَدُكُمْ عَلى غَنِيٍّ فَلْيستحِلْ »[1] والنظر في شروطها وفي حكمها ، فمن الشروط اختلافهم في اعتبار رضا المحال والمحال عليه ، فمن الناس من اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه ، وهو مالك ، ومن الناس من اعتبر رضاهما معًا ، من الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه ، وهو نقيض مذهب مالك ، وبه قال داود ، فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا الصنفين ، ومن أنزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه ، كما لا يعتبره مع المحيل إذا طلب منه حقه ، ولم يحل عليه أحدًا . وأما داود فحجته ظاهر قوله ﷺ : « إذَا أُحِيلَ أحَدُكُمْ عَلى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ »[1] والأمر على الوجوب ، وبقي المحال عليه على الأصل ، وهو اشتراط اعتبار رضاه . ومن

---

(١) أخرجه البخاري (٤ /٤٦٤ رقم ٢٢٨٧) ، ومسلم (٣ /١١٩٧ رقم ٣٣ / ١٥٦٤) ، وأبو داود (٣ /٦٤٠ رقم ٣٣٤٥) ، والترمذي (٣ /٦٠٠ رقم ١٣٠٨) ، والنسائي (٧ /٣١٧) ، وابن ماجه (٢ /٨٠٣ رقم ٢٤٠٣) ، والدارمي (٢ /٢٦١) ، وأحمد (٢ /٢٤٥) ، والشافعي في الأم (٣ /٢٣٣) ، ومالك (٢ /٦٧٤ رقم ٨٤) وغيرهم .
من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

الشروط التي اتفق عليها في الجملة كون ما على المحال عليه مجانسًا لما على المحيل قدرًا ووصفًا ، إلا أن منهم من أجازها في الذهب والدراهم فقط ، ومنعها في الطعام ، والذين منعوها في ذلك رأوا أنها من باب بيع الطعام قبل أن يستوفي ؛ لأنه باع الطعام الذي كان له على غريمه بالطعام الذي كان عليه ، وذلك قبل أن يستوفيه من غريمه ، وأجاز ذلك مالك إذا كان الطعامان كلاهما من قرض إذا كان دين المحال حالا . وأما إن كان أحدهما من سلم فإنه لا يجوز إلا أن يكون الدينان حالَّين ، وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك إذا كان الدين المحال به حالًّا ، ولم يفرق بين ذلك الشافعي ؛ لأنه كالبيع في ضمان المستقرض ، وإنما رخص مالك في القرض ؛ لأنه يجوز عنده بيع القرض قبل أن يستوفي . وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الأصول كخروج الحوالة بالدراهم ، والمسألة مبنية على أن ما شذ عن الأصول هل يقاس عليه أم لا ؟ والمسألة مشهورة في أصول الفقه ، وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط :

أحدها : أن يكون دين المحال حالا ؛ لأنه إن لم يكن حالا كان دينا بدين .

والثاني : أن يكون الدين الذي يحيله به مثل الذي يحيله عليه في القدر والصفة ؛ لأنه إذا اختلفا في أحدهما كان بيعا ولم يكن حوالة ، فخرج من باب الرخصة إلى باب البيع ، وإذا خرج إلى باب البيع دخله الدين بالدين .

والشرط الثالث : أن لا يكون الدين طعامًا من سلم أو أحدهما ، ولم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم ، وإذا كان الطعامان جميعًا من سلم فلا تجوز الحوالة بأحدهما على الآخر حلت الآجال ، أو لم تحل ، أو حل أحدهما ولم يحل الآخر ؛ لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفي كما قلنا ، لكن أشهب يقول : إن استوت رؤوس أموالهما ؛ جازت الحوالة وكانت تولية ، وابن

القاسم لا يقول ذلك كالحال إذ اختلفت ، ويتنزل المحال في الدين الذي أحيل عليه منزلة من أحاله ، ومنزلته في الدين الذي أحاله به ، وذلك فيما يريد أن يأخذ بدله منه أو يبيعه له من غيره ، أعني : أنه لا يجوز له من ذلك إلا ما يجوز له مع الذي أحاله ، وما يجوز للذي أحال مع الذي أحاله عليه ، ومثال ذلك إن احتال بطعام كان له من قرض في طعام من سلم أو بطعام من سلم في طعام من قرض ، لم يجز له أن يبيعه من غيره قبل قبضه منه ؛ لأنه إن كان احتال بطعام كان من قرض في طعام من سلم ؛ نزل منزلة المحيل في أنه لا يجوز له بيع ما على غريمه قبل أن يستوفيه لكونه طعامًا من بيع ، وإن كان احتال بطعام من سلم في طعام من قرض نزِّل من المحتال عليه منزلته مع من أحاله ، أعني : أنه ما كان يجوز له أن يبيع الطعام الذي كان على غريمه المحيل له قبل أن يستوفيه ، كذلك لا يجوز أن يبيع الطعام الذي أحيل عليه ، وإن كان من قرض ، وهذا كله مذهب مالك ، وأدلة هذه الفروق ضعيفة . وأما أحكامها فإن جمهور العلماء على أن الحوالة ضد الحمالة ، في أنه إذا أفلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشيء ، قال مالك وأصحابه : إلا أن يكون المحيل غره فأحاله على عديم ، وقال أبو حنيفة : يرجع صاحب الدين على المحيل إذا مات المحال عليه مفلسا أو جحد الحوالة ، وإن لم تكن له بينة ، وبه قال شريح وعثمان البتي وجماعة .

وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للحمالة .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٤٥ - كتاب الوكالة □

وفيها ثلاثة أبواب :

الباب الأول : في أركانها ، وهي النظر فيما فيه التوكيل ، وفي الموكل .

والباب الثاني : في أحكام الوكالة .

والباب الثالث : في مخالفة الموكل للوكيل .

○ الباب الأول ○

[في أركانها]

وهي النظر فيما فيه التوكيل ، وفي الموكِّل ، وفي الموكَّل .

• الركن الأول : في الموكّل :

واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لأمور أنفسهم ، واختلفوا في وكالة الحاضر الذكر الصحيح ، فقال مالك : تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز وكالة الصحيح الحاضر ، ولا المرأة إلا أن تكون برزة . فمن رأى أن الأصل لا ينوب فعل الغير عن فعل الغير إلا ما دعت إليه الضرورة وانعقد الإجماع عليه قال : لا تجوز نيابة من اختلف في نيابته ، ومن رأى أن الأصل هو الجواز قال : الوكالة في كل شيء جائزة إلا فيما أجمع على أنه لا تصح فيه من العبادات وما جرى مجراها .

• الركن الثاني : في الوكيل :

وشروط الوكيل أن لا يكون ممنوعًا بالشرع من تصرفه في الشيء الذي وكل فيه ، فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعي على عقد النكاح . أما عند الشافعي فلا بمباشرة ولا بواسطة : أي بأن توكل هي من يلي عقد النكاح ، ويجوز عند مالك بالواسطة الذكر .

• الركن الثالث : فيما فيه التوكيل :

وشرط محل التوكيل أن يكون قابلاً للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة ، والوكالة والمصارفة والمجاعلة والمساقاة ،

والطلاق ، والنكاح ، والخلع ، والصلح . ولا تجوز في العبادات البدنية ، وتجوز في المالية كالصدقة والزكاة والحج ، وتجوز عند مالك في الخصومة على الإقرار والإنكار ، وقال الشافعي في أحد قوليه : لا تجوز على الإقرار ، وشبه ذلك بالشهادة والأيمان ، وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك وعند الشافعي مع الحضور قولان . والذين قالوا إن الوكالة تجوز على الإقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الإقرار أم لا ؟ فقال مالك : لا يتضمن ، وقال أبو حنيفة : يتضمن .

• الركن الرابع : معنى الوكالة :

وأما الوكالة فهى عقد يلزم بالإيجاب والقبول كسائر العقود ، وليست هي من العقود اللازمة بل الجائزة على ما نقوله في أحكام هذا العقد ، وهي ضربان عند مالك عامة وخاصة ، فالعامة هي التي تقع عنده بالتوكيل العام الذي لا يسمى فيه شيء دون شيء ، وذلك أنه إن سمي عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض ، وقال الشافعي : لا تجوز الوكالة بالتعميم وهي غرر ، وإنما يجوز منها ما سمي وحدد ونص عليه ، وهو الأقيس إذ كان الأصل فيها المنع ، إلا ما وقع عليه الإجماع .

○ الباب الثاني : في الأحكام ○

وأما الأحكام : فمنها أحكام العقد ، ومنها أحكام فعل الوكيل . فأما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع ، لكن أبو حنيفة يشترط في ذلك حضور الموكل ، وللموكل أن يعزله متى شاء قالوا : إلا أن تكون وكالة في خصومة . وقال أصبغ : له ذلك ما لم يشرف على تمام الحكم ، وليس للوكيل أن يعزل نفسه في الموضع الذي لا يجوز أن يعزله الموكل ، وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة : ذلك من شروطه . وكذلك ليس من شرط إثباتها عند الحاكم حضوره عند مالك . وقال الشافعي : من شرطه . واختلف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين ، فإذا قلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل فمتى يكون الوكيل معزولًا ، والوكالة منفسخة في حق من عامله في المذهب فيه ثلاثة أقوال :

الأول : أنها تنفسخ في حق الجميع بالموت والعزل .

والثاني : أنها تنفسخ في حق كل واحد منهم بالعلم ، فمن علم انفسخت في حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ في حقه .

والثالث : أنها تنفسخ في حق من عامل الوكيل بعلم الوكيل ، وإن لم يعلم هو ، ولا تنفسخ في حق الوكيل بعلم الذي عامله إذا لم يعلم الوكيل ، ولكن من دفع إليه شيئًا بعد العلم بعزله ضمنه ؛ لأنه دفع إلى من يعلم أنه ليس بوكيل .

وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة : أحدها إذا وكل على بيع شيء

هل يجوز له أن يشتريه لنفسه ؟ فقال مالك : يجوز ، وقد قيل عنه : لا يجوز ، وقال الشافعي : لا يجوز ، وكذلك عند مالك الأب والوصي . ومنها إذا وكله في البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك أن يبيع إلا بثمن مثله نقدًا بنقد البلد ، ولا يجوز إن باع نسيئة ، أو بغير نقد البلد ، أو بغير ثمن المثل ، وكذلك الأمر عنده في الشراء ، وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء لمعين فقال : يجوز في البيع أن يبيع بغير ثمن المثل ، وأن يبيع نسيئة ، ولم يجز إذا وكله في شراء عبد بعينه أن يشتريه إلا بثمن المثل نقدًا ، ويشبه أن يكون أبو حنيفة إنما فرق بين الوكالة على شراء شيء بعينه ؛ لأن من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشيء بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة يراها في ذلك كله ، كذلك حكم الوكيل إذ قد أنزله منزلته ، وقول الجمهور أبين ، وكل ما يعتدي فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه تعدى ، وإذا اشترى الوكيل شيئًا وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل إلى الموكل ، وقال أبو حنيفة : إلى الوكيل أولاً ثم إلى الموكل ، وإذا دفع الوكيل دينًا عن الموكل ولم يشهد فأنكر الذي له الدين القبض ضمن الوكيل .

○ الباب الثالث ○

[في مخالفة الموكل للوكيل]

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل ، فقد يكون في ضياع المال الذي استقر عند الوكيل ، وقد يكون في دفعه إلى الموكل ، وقد يكون في مقدار الثمن الذي باع به أو اشترى إذا أمره بثمن محدود ، وقد يكون في المثمون ، وقد يكون في تعيين من أمره بالدفع إليه ، وقد يكون في دعوى التعدي . فإذا اختلفا في ضياع المال فقال الوكيل:ضاع مني ، وقال الموكل:لم يضع ، فالقول قول الوكيل إن كان لم يقبضه ببينة ، فإن كان المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع ؛ لم يبرأ الغريم بإقرار الوكيل عند مالك وغرم ثانية ، وهل يرجع الغريم على الوكيل ؟ فيه خلاف ، وإن كان قد قبضه ببينة برىء ولم يلزم الوكيل شيء . وأما إذا اختلفا في الدفع فقال الوكيل:دفعته إليك ، وقال الموكل : لا ، فقيل : القول قول الوكيل . وقيل : القول قول الموكل . وقيل إن تباعد ذلك فالقول قول الوكيل . وأمر اختلافهم في مقدار الثمن الذي به أمره بالشراء ، فقال ابن القاسم : إن لم تفت السلعة فالقول قول المشتري ، وإن فاتت فالقول قول الوكيل ، وقيل : يتحالفان وينفسخ البيع ويتراجعان وإن فاتت بالقيمة وإن كان اختلافهم في مقدار الثمن الذي أمره به في البيع ، فعند ابن القاسم أن القول فيه قول الموكل ، لأنه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة في الشراء . وأما إذا اختلفا فيمن أمره بالدفع ففي المذهب فيه قولان : المشهور أن القول قول المأمور ، وقيل القول قول الآمر . وأما إذا فعل الوكيل فعلًا هو تعد وزعم

أن الموكل أمره ؛ فالمشهور أن القول قول الموكل ، وقد قيل : إن القول قول الوكيل إنه قد أمره لأنه قد ائتمنه على الفعل .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

☐ ٤٦ - كتاب اللقطة ☐

والنظر في اللقطة في جملتين :

الجملة الأولى : في أركانها .

الجملة الثانية : في أحكامها .

• **الجملة الأولى :**

والأركان ثلاثة : الالتقاط ، والملتقط ، واللقطة . فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو أفضل أم الترك ؟ فقال أبو حنيفة : الأفضل الالتقاط ، لأنه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك وجماعة بكراهية الالتقاط ، وروي عن ابن عمر وابن عباس ، وبه قال أحمد ، وذلك لأمرين : **أحدهما** : ما روي أنه ﷺ قال : «ضَالَّةُ الْمُؤْمِنِ حَرْقُ النَّارِ»[1] ولما يخاف أيضًا من التقصير في القيام بما يجب لها من التعريف وترك

---

(1) أخرجه أحمد (٥ /٨٠) ، والطيالسي (١ /٢٧٩ رقم ١٤١٠ – منحة المعبود) ، والدارمي (٢ /٢٦٦) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٣٣) ، والطبراني في الصغير (٢ /٩٥ رقم ٨٤٦) ، والبيهقي (٦ /١٩٠) .

من طريق أبي العلاء يزيد بن عبد الله بن الشخير ، عن أبي مسلم الجذمي – جذيمة عبد القيس – عن الجارود بن المعلى العبدي ، عن النبي ﷺ قال : « ضالة المسلم حرق النار » وكرره بعضهم ثلاثًا ، وزاد « فلا تقربنها » وهي رواية أحمد ، هكذا قال أيوب وقتادة ، والجريري عن أبي العلاء عن أبي مسلم .

وهكذا قال خالد الحذاء أيضاً في رواية شعبة وعبد الوهاب عنه ، وخالفهما سفيان ، فقال عن خالد الحذاء ، عن أبي العلاء يزيد بن عبد الله بن الشخير عن أخيه مطرف ابن عبد الله ، عن الجارود . وأخرجه أحمد (٥ /٨٠) ، والبيهقي (٦ /١٩٠) ، وابن ماجة (٢ / ٨٣٦ رقم ٢٥٠٢) ، والبيهقي (٦ / ١٩١) من طريق حميد الطويل ، عن الحسن – وهو البصري – عن مطرف بن عبد الله بن الشخير فقال : عن أبيه عن النبي ﷺ . وتابعه قتادة عن مطرف به . أخرجه أبو نعيم في الحلية (٩ / ٣٣) .

ولعل هذه الرواية عن مطرف عن أبيه أرجح من رواية مطرف عن أبي مسلم الجذمي عن الجارود ، لاتفاق ثقتين عليها وهما الحسن وقتادة ، بخلاف تلك ، فقد تفرد بها أبو العلاء كما رأيت ، فإن كان كذلك فالإسناد صحيح . =

التعدي عليها ، وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا : أراد بذلك الانتفاع بها لا أخذها للتعريف ، وقال قوم : بل لقطها واجب . وقد قيل : إن هذا الاختلاف إذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والإمام عادل . قالوا : وإن كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والإمام عادل ؛ فواجب التقاطها . وإن كانت بين قوم مأمونين والإمام جائر فالأفضل أن لا يلتقطها . وإن كانت بين قوم غير مأمونين والإمام غير عادل ؛ فهو مخير بحسب ما يغلب على ظنه من سلامتها أكثر من أحد الطرفين ، وهذا كُلّه ما عدا لقطة الحاجِّ ، فإنَّ العلماءَ أجمَعُوا على أنَّهُ لا يجوز التقاطها لنهيه ﷺ عن ذلك[1] ، ولقطة مكة أيضًا لا يجوز التقاطها إلا لمنشدٍ لِوُرود النَّص في ذلكَ ، والمروي في ذلك لفظان :

أحدهما : أنه لا ترفع لقطتها إلا لمنشد[2] .

= وأما طريق أبي مسلم فإنه ليس بالمشهور ، لكنه لم يتفرد به ، فأخرجه الطبراني (٣ / ١٠٢ / ١- ٢) من طريق أبي معشر البرّاء ، نا المثنى بن سعيد عن قتادة عن عبد الله بن بابي عن عبد الله بن عمرو أن الجارود أبا المنذر أخبر به .

قلت : فهذه متابعة قوية ، والسند جيد ، وهو على شرط مسلم وللحديث شاهد من حديث عصمة مرفوعاً به وزاد : « ثلاث مرات » رواه الطبراني في « الكبير » وفيه أحمد بن راشد وهو ضعيف . كذا في « مجمع الزوائد » (٤ /١٦٧) .

انظر « الصحيحة » للمحدث الألباني (٢ /١٨٥ -١٨٧ رقم ٦٢٠) .

(١) أخرج مسلم (٣ /١٣٥١ رقم ١١ /١٧٢٤) ، وأبو داود (٢ /٣٤٠ رقم ١٧١٩) ، وأحمد (٣ /٤٩٩) ، والبيهقي (٦ /١٩٩) .

من حديث عبد الرحمن بن عثمان التيمي ، قال : « نهى رسول الله ﷺ عن لقطة الحاج » .

(٢) ● أخرج البخاري (٥ /٨٧ رقم ٢٤٣٤) ، ومسلم (٢ /٩٨٨ رقم ٤٤٧ /١٣٥٥) ، وأبو داود (٢ /٥١٨ رقم ٢٠١٧) ، والدارمي (٢ /٢٦٥) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٤٠) .

عن أبي هريرة رضي الله عنه ، قال : لما فتح الله على رسوله ﷺ مكةَ ، قامَ في الناسِ فحمِدَ اللهَ وأثنى عليهِ ثم قال : « إنَّ اللهَ حبسَ عن مكةَ الفيلَ وسلَّطَ عليها رسولَهُ =

الثاني : لا يرفع لقطتها إلا منشد[1] ، فالمعنى الواحد : أنها لا ترفع إلا لمن ينشدها ، والمعنى الثاني لا يلتقطها إلا لمن ينشدها ليعرف الناس .

وقال مالك : تعرف هاتان اللقطتان أبدًا . فأما الملتقط فهو كل حر مسلم بالغ لأنها ولاية ، واختلف عن الشافعي في جواز التقاط الكافر . قال أبو حامد :

= والمؤمنين ، فإنها لا تَحِلُّ لأحدٍ كان قبلي ، وإنها أُحلَّتْ لي ساعةً من نهار ، وإنها لن تحِلَّ لأحَدٍ من بعدي ، فلا يُنفَّرُ صيدُها ، ولا يُختلى شوكها ، ولا تحِلُّ ساقطتها إلا لمنشدٍ .. » الحديث .

● وأخرج البخاري (٥ /٨٧ رقم ٢٤٣٣) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٤٠) ، والبيهقي (٦ /١٩٩) .

عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : « لا يُعضَدُ عِضاهُها ، ولا يُنَفَّرُ صيدُها ، ولا تحِلُّ لقطتها إلا لمنشد .. » الحديث .

(١) ● أخرج البخاري (٨ /٢٦ رقم ٤٣١٣) ، ومسلم (٢ /٩٨٦ رقم ٤٤٥ / ١٣٥٣) ، والبيهقي (٦ /١٩٩) .

عن ابن عباس : أن رسول الله ﷺ قال يوم فتح مكة : « إنَّ هذا البلد حرَّمه اللهُ يومَ خلقَ السماواتِ والأرضَ ، فهو حرامٌ بحرمَةِ اللهِ إلى يوم القيامة . وإنه لم يحِلَّ القتال فيهِ لأحَدٍ قبلي . ولم يحلَّ لي إلا ساعةً من نهار ، فهو حَرَامٌ بحرمةِ اللهِ إلى يوم القيامةِ ، لا يُعضَدُ شوكُهُ ، ولا يُنَفَّرُ صَيْدُهُ ، ولا يلتقِطُ إلا عَرَّفَهَا . ولا يختلَى خلاهَا » فقال العباس : يا رسول الله ، إلا الإذْخِرَ فإنَّهُ لِقَيْنِهِمْ ولبُيُوتِهِم . فقال : « إلا الإذخِرَ » .

لايُعْضَدُ : قال أهل اللغة : العضد : القطع .

ولا يختلى خلاها : الخلا : هو الرطب من الكلأ . قالوا : الخلا والعشب اسم للرطب منه . والحشيش والهشيم اسم لليابس منه . والكلأ يقع على الرطب واليابس ، ومعنى يختلى : يؤخذ ويقطع .

الإِذْخِر : نبات عشبي ، من فصيلة النجيليات ، له رائحة ليمونية عطرة ، أزهاره تستعمل منقوعاً كالشاي ، ويقال له : طيب العرب . والإذخر المكي من الفصيلة نفسها .

● وأخرج البخاري (٥ /٨٧ رقم ٢٤٣٤) ، ومسلم (٢ /٩٨٩ رقم ٤٤٨ / ١٣٥٥) ، والبيهقي (٦ /١٩٩) . =

والأصح جواز ذلك في دار الإسلام . قال : وفي أهلية العبد والفاسق له قولان : فوجه المنع عدم أهلية الولاية ، ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة . وأما اللقطة بالجملة فإنها كل مال لمسلم معرض للضياع كان ذلك في عامر الأرض أوغامرها ، والجماد والحيوان في ذلك سواء إلا الإبل باتفاق . والأصل في اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهني ، وهو متفق على صحته[1] أنه قال : جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة ، فقال : اعْرِفْ عِفاصَها وَوِكاءَها ثُمَّ عَرِّفْها سَنَةً ، فإنْ جاءَ صَاحِبُها وإلا فَشأنَكَ بِهَا ، قال : فضالة الغنم يارسول الله ؟ قال : هِيَ لكَ أوْ لأخيك أوْ للذِّئْبِ ، قال : فضالَّة الإبل : قال : مالكَ وَلَهَا مَعَها سِقاؤها وَحِذَاؤها تَرِدُ المَاء وتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقاها رَبُّها » وهذا الحديث يتضمن معرفته ما يلتقط مما لا يلتقط ، ومعرفة حكم ما يلتقط كيف يكون في العام وبعده وبماذا يستحقها مدعيها . فأما الإبل فاتفقوا على أنها لا تلتقط ، واتفقوا على الغنم أنها تلتقط ، وترددوا في البقر ، والنص عن الشافعي أنها كالإبل ، وعن مالك أنها كالغنم ، وعنه خلاف .

= من حديث أبي سلمة ، عن أبي هريرة رضي الله عنه . بلفظ « ولا يَلْتَقِطُ سَاقِطَتَهَا إلا منشِدٌ » .

(١) أخرجه البخاري (٥ /٨٤ رقم ٢٤٢٩) ، ومسلم (٣ /١٣٤٦ رقم ١ /١٧٢٢) ، ومالك (٢ /٧٥٧ رقم ٤٦) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٣٧ رقم ٤٥٣) ، وأحمد (٤ /١١٥) ، وأبو داود (٢ /٣٣١ رقم ١٧٠٤) ، والترمذي (٣ /٦٥٥ رقم ١٣٧٢) ، وابن ماجه (٢ /٨٣٦ رقم ٢٥٠٤) ، وابن الجارود (رقم ٦٦٦) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤ /١٣٤) ، والبيهقي (٦ /١٨٥، ١٨٩، ١٩٢) ، والبغوي في شرح السنة (٨ /٣٠٨ رقم ٢٢٠٧) و (٨ /٣١٣ رقم ٢٢٠٨) ، والدارقطني (٤ /٢٣٥ رقم ١١٠) ، وعبد الرزاق في المصنف (١٠ /١٣٠ رقم ١٨٦٠٢) ، والطبراني في الكبير (٥ /٢٥٠ –٢٥٣ رقم ٥٢٤٩ –٥٢٥٨) ، وغيرهم .

• **الجملة الثانية :**

وأما حكم التعريف ، فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة مالم تكن من الغنم . واختلفوا في حكمها بعد السنة ، فاتفق فقهاء الأمصار مالك والثوري والأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور : إذا انقضت كان له أن يأكلها إن كان فقيرًا ، أو يتصدق بها إن كان غنيا ، فإن جاء صاحبها كان مخيرًا بين أن يجيز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمنه إياها . واختلفوا في الغني هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد الحول ؟ فقال مالك والشافعي : له ذلك ، وقال أبو حنيفة : ليس له أن يأكلها أو يتصدق بها ، وروي مثل قوله عن علي وابن عباس وجماعة من التابعين ، وقال الأوزاعي : إن كان مالاً كثيرًا جعله في بيت المال ، وروي مثل قول مالك والشافعي عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة . وكلهم متفقون على أنه إن أكلها ضمنها لصاحبها إلا أهل الظاهر . واستدل مالك والشافعي بقوله ﷺ : «**فشأنك بها**»[1] ولم يفرق بين غني وفقير . ومن الحجة لهما ما رواه البخاري[2] والترمذي[3] عن سويد بن غفلة

---

(١) تقدم قريباً

(٢) في صحيحه (٥ /٧٨ رقم ٢٤٢٦) و (٥ /٩١ رقم ٢٤٣٧) .

(٣) في السنن (٣ /٦٥٨ رقم ١٣٧٤) وقال : حديث حسن صحيح .

قلت : وأخرجه مسلم (٣ /١٣٥٠ رقم ٩ /١٧٢٣) ، وأبو داود (٢ /٣٢٨ رقم ١٧٠١) ، وابن ماجه (٢ /٨٣٧ رقم ٢٥٠٦) ، والطيالسي (١ /٢٧٩ رقم ١٤١٢ - منحة المعبود) ، وأحمد (٥ /١٢٦ -١٢٧) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤/١٣٧) ، وابن الجارود (رقم ٦٦٨) ، والبيهقي (٦ /١٨٦) . من طريق سلمة بن كُهَيْل ، عن سويد بن غَفَلة ، عن أُبي بن كعب . وبذلك يتبين وهم ابن رشد في قوله : عن سويد بن غفلة قال : لقيت أويس بن كعب ...

قال: « لَقِيتُ أُويس بنَ كَعبٍ فقالَ : وَجَدْتُ صُرَّةً فِيهَا مِائةُ دِينارٍ ، فأتيتُ النبي ﷺ فقالَ : عَرِّفْها حَوْلاً ، فَعَرَّفْتُها فَلَمْ أجد ، ثم أتيته ثلاثًا فقال : احْفَظْ وِعاءَها وَوِكاءَها فإنْ جاءَ صَاحِبُها وإلَّا فاسْتَمْتِعْ بِهَا » وخرج الترمذي[1] وأبو داود[2] « فاسْتَنْفِقْها » .

فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لأصل الشرع ، وهو أنه لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه ، فمن غلب هذا الأصل على ظاهر الحديث ، وهو قوله بعد التعريف « فشأنك بها » قال : لا يجوز فيها تصرف إلا بالصدقة فقط على أن يضمن إن لم يجز صاحب اللقطة الصدقة ، ومن غلَّب ظاهر الحديث على هذا الأصل ورأى أنه مستثنى منه قال : تحل له بعد العام وهي مال من ماله لا يضمنها إن جاء صاحبها ، ومن توسط قال : يتصرف بعد العام فيها وإن كانت عينًا على جهة الضمان . وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها ، فاتفقوا على أنها لا تدفع إليه إذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء ، واختلفوا إذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك إلى بينة أم لا ؟ فقال مالك : يستحق بالعلامة ولا يحتاج إلى بينة ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يستحق إلا ببينة .

وسبب الخلاف معارضة الأصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث ، فمن غلب الأصل قال : لابد من البينة ، ومن غلب ظاهر الحديث قال : لا يحتاج إلى بينة . وإنما اشترط الشهادة في ذلك الشافعي

---

(١) في السنن (٣ /٦٥٥ رقم ١٣٧٢) .

(٢) في السنن (٢ /٣٣٣ رقم ١٧٠٦).

قلت : وأخرجه البخاري (٥ /٨٠ رقم ٢٤٢٧) ، ومسلم (٣ /١٣٤٩ رقم ٦ ،٧ /١٧٢٢) .

عن زيد بن خالد ، قال : جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فسأله عما يلتقطه فقال : « عَرِّفْهَا سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها ، فإن جاء أحد يخبرك بها وإلا فاستنفقها..» الحديث .

وأبو حنيفة ؛ لأن قوله ﷺ : « اعرف عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها »[1] يحتمل أن يكون إنما أمره بمعرفة العفاص والوكاء لئلا تختلط عنده بغيرها ، ويحتمل أن يكون إنما أمره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء ، فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع إلى الأصل ، فإن الأصول لا تعارض بالاحتمالات المخالفة لها إلا أن تصح الزيادة التي نذكرها بعد ، وعند مالك وأصحابه أن على صاحب اللقطة أن يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد ، قالوا : وذلك موجود في بعض روايات الحديث ولفظه « فإن جاءَ صَاحِبُها ووصفَ عفاصها وَوِكاءَها وعَدَدَهَا فادْفَعها إليه »[2] قالوا : ولكن لا يضره الجهل بالعدد إذا عرف العفاص والوكاء ، وكذلك إن زاد فيه . واختلفوا إن نقص من العدد على قولين ، وكذلك اختلفوا إذا جهل الصفة وجاء بالعفاص والوكاء . وأما إذا غلط فيها فلا شيء له . وأما إذا عرف إحدى العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الأخرى فقيل : إنه لا شيء له إلا بمعرفتهما جميعًا ، وقيل : يدفع إليه بعد الاستبراء ، وقيل : إن ادعى الجهالة استبرىء ، وإن غلط لم تدفع إليه .

واختلف المذهب إذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع إليه بيمين أو بغير يمين ؟ فقال ابن القاسم بغير يمين : وقال أشهب : بيمين . وأما ضالة الغنم ، فإن العلماء اتفقوا على أن الواجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد من العمران أن يأكلها لقوله ﷺ في الشاة:« هي لك أو لأخيك أو للذئب »[3] واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ؟ فقال جمهور العلماء إنه يضمن قيمتها ، وقال مالك في أشهر الأقاويل عنه : إنه لا يضمن .

---

(١) تقدم تخريجه قريباً من حديث زيد بن خالد .

(٢) تقدم تخريجه قريباً من حديث أبي بن كعب .

(٣) تقدم تخريجه قريباً من حديث زيد بن خالد .

وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للأصل المعلوم من الشريعة ، إلا أن مالكًا هنا غلب الظاهر فجرى على حكم الظاهر ، ولم يجز كذلك التصرف فيما وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ هـهنا ، وعنه رواية أخرى أنه يضمن ، وكذلك كل طعام لا يبقى إذا خشي عليه التلف إن تركه .

وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه في ذلك أنها على ثلاثة أقسام : قسم يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن تركه ، كالعين والعروض . وقسم لا يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن ترك كالشاة في القفر ، والطعام الذي يسرع إليه الفساد . وقسم لا يخشى عليه التلف .

فأما القسم الأول : وهو ما يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف فإنه ينقسم ثلاثة أقسام :

أحدها أن يكون يسيرًا لا بال له ولا قدر لقيمته ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاهته ، فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده . والأصل في ذلك ما روي « أن رسول الله ﷺ مر بتمرة في الطريق فقال : لَوْلا أنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ لأَكَلْتُها »[1] ولم يذكر فيها تعريفًا ، وهذا مثل العصا والسوط ، وإن كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك .

والثاني : أن يكون يسيرًا إلا أن له قدرًا ومنفعة ، فهذا لا اختلاف في المذهب في تعريفه . واختلفوا في قدر ما يعرِّف ، فقيل : سنة ، وقيل : أيامًا .

وأما الثالث : فهو أن يكون كثيرًا أو له قدر ، فهذا لا اختلاف في وجوب تعريفه حولًا .

وأما القسم الثاني :وهو ما لا يبقى بيد مُلتقِطه ويخُشى عليه التلف ،

---

(١) أخرجه البخاري (٥ /٨٦ رقم ٢٤٣١) ، ومسلم (٢ /٧٥٢ رقم ١٦٥ /١٠٧١) من حديث أنس بن مالك .

فإن هذا يأكله كان غنيا أو فقيرًا ، وهل يضمن ؟ فيه روايتان كما قلنا ، الأشهر أن لا ضمان . واختلفوا إن وجد ما يسرع إليه الفساد في الحاضرة ؛ فقيل : لا ضمان عليه ، وقيل : عليه الضمان ، وقيل : بالفرق بين أن يتصدق به فلا يضمن أو يأكله فيضمن .

وأما القسم الثالث : فهو كالإبل ، أعني : أن الاختيار عنده فيه الترك للنصِّ الوارِد في ذلك[1] ، فإن أخذها وجب تعريفها ، والاختيار تركها ، وقيل في المذهب : هو عام في جميع الأزمنة ، وقيل : إنما هو في زمان العدل ، وأن الأفضل في زمان غير العدل التقاطها . وأما ضمانها في الذي تعرف فيه ، فإن العلماء اتفقوا على أن من التقطها وأشهد على التقاطها فهلكت عنده ، أنه غير ضامن ، واختلفوا إذا لم يشهد ، فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن : لا ضمان عليه إن لم يضيع وإن لم يشهد ، وقال أبو حنيفة وزفر : يضمنها إن هلكت و لم يشهد استدل مالك والشافعي بأن اللقطة وديعة فلا ينقلها ترك الإشهاد من الأمانة إلى الضمان ، قالوا : وهي وديعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره[2] أنه قال : « إنْ جاءَ صَاحِبُها وإلَّا فَلْتَكُن وديعةً

(١) تقدم ذكره وتخريجه قريباً من حديث زيد بن خالد .

(٢) قلت : كلام ابن رشد يوهم أن سليمان بن بلال هو راوي الحديث عن النبي ﷺ من الصحابة ، أو التابعين ، وليس كذلك وإنما هو راوي الحديث عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن ، ويحيى بن سعيد كلاهما عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني ، بالحديث .. وفيه : « ثم عرفها سنة فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه » واللفظ لمسلم .
أخرجه البخاري (٥ /٨٣ رقم ٢٤٢٨) ، ومسلم (٣ /١٣٤٨ رقم ٢ /١٧٢٢) إلا أن البخاري قال في روايته : « قال: يحيى هذا الذي لا أدري أهو في الحديث أم شيء من عنده » .
قال الحافظ في الفتح (٥ /٨٣ –٨٤) : « وقد جزم يحيى بن سعيد برفعه مرة أخرى =

عْنَدكَ » . واستدل أبو حنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن عياض بن حمار[1] قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنِ التقطَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ ذَوَيْ عَدْلٍ عَلَيْها ولا يَكْتُمْ ولا يُغْنِتْ ، فإنْ جاءَ صَاحِبُها فَهُوَ أحَقُّ بِهَا ، وإلَّا فَهُوَ مالُ اللّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشاءُ » . وتحصيل المذهب في ذلك أن واجد اللقطة عند مالك لا يخلو التقاطه لها من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يأخذها على جهة الاغتيال لها .

والثاني : أن يأخذها على جهة الالتقاط .

والثالث : أن يأخذها لا على جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال ، فإن أخذها على جهة الالتقاط فهي أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها ، فإن ردها بعد أن التقطها فقال ابن القاسم : يضمن ، وقال أشهب : لا يضمن إذا ردها في موضعها ، فإن ردها في غير موضعها ضمن كالوديعة ، والقول قوله في تلفها

= وذلك فيما أخرجه مسلم عن القعنبي والإسماعيلي ، من طريق يحيى بن حسان كلاهما ، عن سليمان بن بلال ، عن يحيى ، فقال فيه : « فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك » وكذلك جزم برفعها خالد بن مخلد ، عن سليمان بن ربيعة عند مسلم ، والفهمي ، عن سليمان عن يحيى وربيعة جميعاً عند الطحاوي ، وقد أشار البخاري إلى رجحان رفعها فترجم بعد أبواب « إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه لأنها وديعة عنده » .

(١) أخرجه أبو داود (٢ /٣٣٥ رقم ١٧٠٩) ، وابن ماجه (٢ /٨٣٧ رقم ٢٥٠٥) ، وابن الجارود (رقم ٦٧١) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٣٦) ، وأحمد (٤ /١٦١ و ١٦٢) ، والبيهقي (٦ /١٨٧) ، والطيالسي (١ /٢٧٩ رقم ١٤٠٩ - منحة المعبود) ، وابن حبان (صـ٢٨٤ رقم ١١٦٩ - الموارد) ، والطحاوي في مشكل الآثار (٤ /٢٠٧ ، ٢٠٨) ، والطبراني في الكبير (١٧/٣٥٨ - ٣٦٠ رقم ٩٨٦ ، ٩٨٧ ، ٩٨٩ ، ٩٩٠) ، والنسائي في اللقطة من الكبرى - كما في « أطراف المزي » (٨ /٢٥٠) .

وهو حديث صحيح . وقد صححه الألباني في صحيح أبي داود .

دون يمين إلا أن يتهم .

وأما إذا قبضها مغتالًا لها فهو ضامن لها ، ولكن لا يعرف هذا الوجه إلا من قبله . وأما الوجه الثالث فهو مثل أن يجد ثوبًا فيأخذه ، وهو يظنه لقوم بين يديه ليسألهم عنه ، فهذا إن لم يعرفوه ولا ادعوه كان له أن يرده حيث وجده ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك .

وتتعلق بهذا الباب مسألة اختلف العلماء فيها ، وهو العبد يستهلك اللقطة ، فقال مالك : إنها في رقبته ، إما أن يسلمه سيده فيها ، وإما أن يفديه بقيمتها ، هذا إذا كان استهلاكه قبل الحول ، فإن استهلكها بعد الحول كانت دينًا عليه ولم تكن في رقبته ، وقال الشافعي : إن علم بذلك السيد فهو الضامن ، وإن لم يعلم بها السيد كانت في رقبة العبد .

واختلفوا هل يرجع الملتقط بما أنفق على اللقطة على صاحبها أم لا ؟ فقال الجمهور : ملتقط اللقطة متطوع بحفظها ، فلا يرجع بشيء من ذلك على صاحب اللقطة . وقال الكوفيون : لا يرجع بما أنفق إلا أن تكون النفقة عن إذن الحاكم ، وهذه المسألة هي من أحكام الالتقاط ، وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الباب .

○ باب في اللقيط ○

[والنظر في أحكام الالتقاط وفي الملتقط واللقيط وفي أحكامه]

وقال الشافعي : كل شيء ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفايات ، وفي وجوب الإشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف ، والخلاف فيه مبني على الاختلاف في الإشهاد على اللقطة . واللقيط : هو الصبي الصغير غير البالغ ، وإن كان مميزًا ، ففيه في مذهب الشافعي تردد ، والملتقط : هو كل حر عدل رشيد ، وليس العبد والمكاتب بملتقط ، والكافر يلتقط الكافر دون المسلم ؛ لأنه لا ولاية له عليه ، ويلتقط المسلم الكافر ، وينزع من يد الفاسق والمبذر ، وليس من شرط الملتقط الغنى ، ولا تلزم نفقة الملتقط على من التقطه ، وإن أنفق لم يرجع عليه بشيء . وأما أحكامه فإنه يحكم له بحكم الإسلام إن التقطه في دار المسلمين ويحكم للطفل بالإسلام بحكم أبيه عند مالك . وعند الشافعي بحكم من أسلم منهما ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك . وقد اختلف في اللقيط ؛ فقيل : إنه عبد لمن التقطه ، وقيل: إنه حر وولاؤه لمن التقطه، وقيل: إنه حر وولاؤه للمسلمين ، وهو مذهب مالك . والذي تشهد له الأصول إلا أن يثبت في ذلك أثر تخصص به الأصول مثل قوله ﷺ : « ترث المرأة ثلاثة : لقيطها وعتيقها وولدها الذي لاعنت عليه » .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٤٧ - كتاب الوديعة □

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الأمصار في هذا الكتاب هي في أحكام الوديعة : فمنها أنهم اتفقوا على أنها أمانة لا مضمونة ، إلا ما حكي عن عمر ابن الخطاب . قال المالكيون : والدليل على أنها أمانة أن الله أمر برد الأمانات ولم يأمر بالإشهاد ، فوجب أن يصدق في المستودع في دعواه رد الوديعة مع يمينه إن كذبه المودع ، قالوا : إلا أن يدفعها إليه ببينة ، فإنه لا يكون القول قوله ، قالوا : لأنه إذا دفعها إليه ببينة ، فكأنه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها ، فيصدق في تلفها ولا يصدق على ردها ، هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه ، وقد قيل عن ابن القاسم : إن القول قوله وإن دفعها إليه ببينة ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ، وهو القياس ؛ لأنه فرق بين التلف ودعوى الرد ، ويبعد أن تنتقض الأمانة ، وهذا فيمن دفع الأمانة إلى اليد التي دفعتها إليه . وأما من دفعها إلى غير اليد التي دفعتها إليه ، فعليه ما على ولي اليتيم من الإشهاد عند مالك وإلا ضمن ، يريد قول الله عز وجل : ﴿ **فإذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ** ﴾[1] فإن أنكر القابض القبض فلا يصدق المستودع في الدفع عند مالك وأصحابه إلا ببينة ، وقد قيل : إنه يتخرج من المذهب أنه يصدق في ذلك ،

(١) النساء : الآية (٦) .

وسواء عند مالك أمر صاحب الوديعة بدفعها إلى الذي دفعها أو لم يأمر ، وقال أبو حنيفة : إن كان ادعى دفعها إلى من أمره بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه ، فإن أقر المدفوع إليه بالوديعة ، أعني : إذا كان غير المودع وادعى التلف فلا يخلو أن يكون المستودع دفعها إلى أمانة ، وهو وكيل المستودع أو إلى ذمة ، فإن كان القابض أمينًا فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال مرة : يبرأ الدافع بتصديق القابض ، وتكون المصيبة من الآمَر الوكيل بالقبض ، ومرة قال : لا يبرأ الدافع إلا بإقامة البينة على الدفع أو يأتي القابض بالمال . وأما إن دفع إلى ذمة ، مثل أن يقول رجل للذي عنده الوديعة : ادفعها إلي سلفا أو تسلفًا في سلعة أو ما أشبه ذلك ، فإن كانت الذمة قائمة برىء الدافع في المذهب من غير خلاف ، وإن كانت الذمة خربة فقولان .

والسبب في هذا الاختلاف كله أن الأمانة تقوي دعوى المدعي حتى يكون القول قوله مع يمينه ، فمن شبه أمانة الذي أمره المودع أن يدفعها إليه ، أعني : الوكيل بأمانة المودع عنده قال : يكون القول قوله في دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ، ومن رأى أن تلك الأمانة أضعف قال : لا يبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف ، ومن رأى المأمور بمنزلة الآمر قال : القول قول الدافع للمأمور كما كان القول قوله مع الآمر ، وهو مذهب أبي حنيفة ، ومن رأى أنه أضعف منه قال : الدافع ضامن إلا أن يحضر القابض المال ، وإذا أودعها بشرط الضمان فالجمهور على أنه لا يضمن ، وقال الغير : يضمن ؛ وبالجملة فالفقهاء يرون بأجمعهم أنه لا ضمان على صاحب الوديعة إلا أن يتعدى ، ويختلفون في أشياء هل هي تعدّ أم ليس بتعد ؟

فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب إذا أنفق الوديعة ثم رد مثلها أو أخرجها لنفقته ثم ردها ، فقال مالك : يسقط عنه الضمان بحالة مثل إذا ردها ، وقال أبو حنيفة : إن ردها بعينها قبل أن ينفقها لم يضمن ، وإن رد مثلها ضمن ،

وقال عبدالملك والشافعي : يضمن في الوجهين جميعًا ، فمن غلط الأمر ضمنه إياها بتحريكها ونية استنفاقها ، ومن رخص لم يضمنها إذا أعاد مثلها .

ومنها اختلافهم في السفر بها ، فقال مالك : ليس له أن يسافر بها إلا أن تعطى له في سفر وقال أبو حنيفة : له أن يسافر بها إذا كان الطريق آمنًا و لم ولم ينهه صاحب الوديعة . ومنها أنه ليس للمودع عنده أن يودع الوديعة غيره من غير عذر ، فإن فعل ضمن ، وقال أبو حنيفة : إن أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن ؛ لأنه شبهه بأهل بيته ، وعند مالك له أن يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج أو ولد أو أمة أو من أشبههم . وبالجملة فعند الجميع أنه يجب عليه أن يحفظها مما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم ، فما كان بينًا من ذلك أنه حفظ اتفق عليه ، وما كان غير بين أنه حفظ اختلف فيه ، مثل اختلافهم في المذهب فيمن جعل وديعة في جيبه فذهبت ، والأشهر أنه يضمن .

وعند ابن وهب أن من أودع وديعة في المسجد فجعلها على نعله فذهبت أنه لا ضمان عليه ، ويختلف في المذهب في ضمانها بالنسيان ، مثل أن ينساها في موضع أو ينسى من دفعها إليه ، أو يدَّعِيها رجلان ، فقيل : يحلفان وتقسم بينهما ، وقيل : إنه يضمن لكل واحد منهما ، وإذا أراد السفر فله عند مالك أن يودعها عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه قدر على دفعها إلى الحاكم أو لم يقدر .

واختلف في ذلك أصحاب الشافعي ، فمنهم من يقول : إن أودعها لغير الحاكم ضمن . وقبول الوديعة عند مالك لا يجب في حال ، ومن العلماء من يرى أنه واجب إذا لم يجد المودع من يودعها عنده ، ولا أجر للمودَع عنده على حفظ الوديعة ، وما تحتاج إليه من مسكن أو نفقة فعلى ربها .

واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور ، وهو فيمن أودع مالا فتعدى فيه واتَّجَرَ به فربح فيه ، هل ذلك الربح حلال له أم لا ؟ فقال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة : إذا رد المال طاب له الربح وإن كان غاصبًا للمال فضلًا عن أن يكون مستودعًا عنده ، وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن : يؤدي الأصل ويتصدق بالربح ، وقال قوم : لرب الوديعة الأصل والربح ، وقال قوم : هو مخير بين الأصل والربح ، وقال قوم ، البيع الواقع في تلك التجارة فاسد ، وهؤلاء هم الذين أوجبوا التصدق بالربح إذا مات .

فمن اعتبر التصرف قال : الربح للمتصرف ، ومن اعتبر الأصل قال : الربح لصاحب المال . ولذلك لما أمر عمر رضي الله عنه ابنيه عبد الله وعبيد الله أن يصرفا المال الذي أسلفهما أبو موسى الأشعري من بيت المال ، فتجروا فيه فربحا ، قيل له : لو جعلته قراضا ، فأجاب إلى ذلك ؛ لأنه قد روي أنه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء ، وأن ذلك عدل .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٤٨ - كتاب العارية □

والنظر في العارية في أركانها وأحكامها . وأركانها خمسة : الإعارة ، والمعير ، والمستعير ، والمعار ، والصيغة . أما الإعارة فهي فعل خير ومندوب إليه ، وقد شدد فيها قوم من السلف الأول . روي عن عبد الله بن عباس وعبد الله ابن مسعود أنهما قالا في قوله تعالى : ﴿ **وَيَمْنَعُونَ المَاعُونَ** ﴾[1] أنه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من الفأس والدلو والحبل والقدر وما أشبه ذلك .

وأما المعير فلا يعتبر فيه إلا كونه مالكًا للعارية إما لرقبتها وإما لمنفعتها ، والأظهر أنها لا تصح من المستعير ، أعني : أن يعيرها . وأما العارية فتكون في الدور والأرضين والحيوان ، وجميع ما يعرف بعينه إذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ، ولذلك لا تجوز إباحة الجواري للاستمتاع . ويكره للاستخدام إلا أن تكون ذا محرم .

وأما صيغة الإعارة ، فهي كل لفظ يدل على الإذن ، وهي عقد جائز عند الشافعي وأبي حنيفة ؛ أي : للمعير أن يسترد عاريته إذا شاء ، وقال مالك في المشهور : ليس له استرجاعها قبل الانتفاع ، وإن شرط مدة ما لزمته تلك المدة ، وإن لم يشترط مدة لزمته من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية .

---

(١) الماعون : الآية (٧) .

وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة .

وأما الأحكام فكثيرة ، وأشهرها هل هي مضمونة أو أمانة ؟ فمنهم من قال : إنها مضمونة وإن قامت البينة على تلفها ، وهو قول أشهب والشافعي ، وأحد قولي مالك ، ومنهم من قال نقيض هذا ، وهو أنها ليست مضمونة أصلًا ، وهو قول أبي حنيفة ، ومنهم من قال : يضمن فيما يغاب عليه إذا لم يكن على التلف بينة ، ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ، ولا فيما قامت البينة على تلفه ، وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه .

وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك ، وذلك أنه ورد في الحديث الثابت أنه قال ﷺ لصفوان بن أمية[١] « بَلْ عارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ » وفي بعضها[٢]

---

(١) أخرج أبو داود (٣ /٨٢٢ رقم ٣٥٦٢) ، وأحمد (٣ /٤٠١) ، والدارقطني (٣ /٣٩ رقم ١٦١) ، والحاكم (٢ /٤٧) ، والبيهقي (٦ /٨٩) عنه : « أن رسول الله ﷺ استعار منه يوم حنين أدراعاً ، فقال : أغصبًا يا محمد ؟ قال : بل عـاريةٌ مضمونةٌ » .

قلت : للحديث شاهدان :

(**الأول**) : من حديث جابر ، أخرجه الحاكم (٣/٤٨-٤٩) ، وعنه البيهقي (٦/٨٩) .

(**والثاني**) : من حديث ابن عباس أخرجه البيهقي (٦/٨٨) ، والحاكم (٢/٤٧) .

فالحديث حسن . وانظر « الصحيحة » للألباني (٢ /٢٠٨ رقم ٦٣١) .

(٢) ● أخرج أبو داود (٣ /٨٢٦ رقم ٣٥٦٦) ، والنسائي في الكبرى – كما في أطراف المزي – (٤ /١٩٠) ، والدارقطني (٣ /٣٩ رقم ١٥٩) وابن حبان في صحيحه (صـ٢٨٥ رقم ١١٧٣ – الموارد) ، وأحمد (٤ /٢٢٢) .

من حديث يعلى بن أمية ، قال : قال لي رسول الله ﷺ : « إذا أتتك رُسُلِي فأعطِهِمْ ثلاثين درعاً ، وثلاثين بعيراً » قال : فقلت : يا رسول الله ، أعارية مضمونة ، أو عارية مؤداة ؟ قال :«بل مؤداة » وهو حديث حسن . انظر «الصحيحة» للألباني (رقم ٦٣٠) .

=

« بَلْ عارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ » وروي عنه أنه قال « لَيْسَ عَلَى المُسْتَعِيرِ ضَمانٌ »[1] فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ، ومن أخذ بحديث صفوان بن أمية ألزمه الضمان ، ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه ، فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه ، والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه ، إلا أن الحديث الذي فيه « ليس على المستعير ضمان » غير مشهور[2] ، وحديث صفوان صحيح ، ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ، ومن فرق قال : الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع ، والعارية لمنفعة القابض .

واتفقوا في الإجارة على أنها غير مضمونة ؛ أعني : الشافعي وأبا حنيفة ومالكًا ، ويلزم الشافعي إذا سلم أنه لا ضمان عليه في الإجارة أن لا يكون ضمان في العارية إن سلم ، أن سبب الضمان هو الانتفاع ؛ لأنه إذا لم يضمن حيث

= ● وأخرج الدارقطني (٣ /٣٨ رقم ١٥٧) ، والحاكم (٢ /٤٧) ، والبيهقي (٦ /٨٨) .
عن ابن عباس ، « أن رسول الله ﷺ استعار من صفوان بن أمية أدراعاً وسلاحاً في غزوة حنين ، فقال : يا رسول الله ، أعارية مؤداة ؟ قال : عارية مؤداة » .
قال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي .
قلت : وفي سنده : إسحاق بن عبد الواحد القرشي متروك الحديث ، وقال الذهبي في الميزان (١ /١٩٤ رقم ٧٧٣) : « واهٍ » .
وهو حديث حسن . بشواهد والله أعلم .

(١) أخرج الدارقطني (٣ /٤١ رقم ١٦٨) ، والبيهقي (٦ /٩١) عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ قال : « ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان » .
قال الدارقطني : « عمرو بن عبد الجبار » و « عبيدة بن حسان » ضعيفان .
وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع . قلت : وضعف البيهقي الحديث أيضاً وصحح وقفه على شريح .

(٢) بل ضعيف كما تقدم .

قبض لمنفعتهما فأحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته إذا كانت منفعة الدافع مؤثرة في إسقاط الضمان . واختلفوا إذا شرط الضمان ، فقال قوم : يضمن ، وقال قوم : لا يضمن ، والشرط باطل ، ويجيء على قول مالك إذا اشترط الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه عليه الضمان أن يلزم إجارة المثل في استعماله العارية ؛ لأن الشرط يخرج العارية عن حكم العارية إلى باب الإجارة الفاسدة إذا كان صاحبها لم يرض أن يعيرها إلا بأن يخرجها في ضمانه ، فهو عوض مجهول فيجب أن يرد إلى معلوم . واختلف عن مالك والشافعي إذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدة التي استعار إليها ، فقال مالك : المالك بالخيار إن شاء أخذ المستعير بقلع غراسته وبنائه ، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعًا إذا كان مما له قيمة بعد القلع ، وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط أو بالعرف أو العادة ، وقال الشافعي : إذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبته بالقلع ، بل يخير المعير بأن يبقيه بأجر يعطاه ، أو ينقض بأرش ، أو يتملك ببدل ، فأيها أراد المعير أجبر عليه المستعير ، فإن أبى كلف تفريغ الملك . وفي جواز بيعته للنقض عنده خلاف ؛ لأنه معرض للنقض ، فرأى الشافعي آن أخذه المستعير بالقلع دون أرش هو ظلم ، ورأى مالك أن عليه إخلاء المحل ، وأن العرف في ذلك يتنزل منزلة الشروط ، وعند مالك أنه إن استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال . واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعته ولا تضر صاحب الجدار ، وبالجملة في كل ما ينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه ، فقال مالك وأبو حنيفة : لا يقضي عليه به إذ العارية لا يقضى بها ، وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث : يقضى بذلك ، وحجتهم ما خرجه مالك[1] عن ابن

(١) في الموطأ (٢ /٧٤٥ رقم ٣٢) .
قلت : وأخرجه البخاري (رقم ٢٣٣١ - البغا ، ومسلم (٣ /١٢٣٠ رقم ١٣٦ / =

شهاب عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا يَمْنعُ أحَدُكُمْ جارَهُ أنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً في جِدَارِهِ » ثم يقول أبو هريرة : مالي أراكم عنها معرضين ، والله لأرمين بها بين أكتافكم . واحتجوا أيضًا بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب أن الضحاك بن قيس ساق خليجا له من العريض ، فأرادوا أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : أنت تمنعني وهو لك منفعة ، تسقي منه أولًا وآخرًا ولا يضرك ؟ فأبي محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلي سبيله ، قال محمد : لا ، فقال عمر : لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك ، فقال محمد : لا ، فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ، ففعل الضحاك . وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال : كان في حائط جدي ربيع لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد أن يحوله إلى ناحية من الحائط ، فمنعه صاحب الحائط ، فكلم عمر بن الخطاب ، فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله ، وقد عذل الشافعي مالكًا لإدخاله هذه الأحاديث في موطئه ، وتركه الأخذ بها . وعمدة مالك وأبي حنيفة قوله ﷺ : « لَا يحِلُّ مالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلَّا عَنْ طِيب نَفْسٍ مِنْهُ »[1] وعند الغير أن عموم هذا مخصص بهذه الأحاديث ، وبخاصة حديث أبي هريرة . وعند مالك أنها محمولة على الندب ، وأنه إذا أمكن أن تكون مختصة ، وأن تكون على الندب فحملها على الندب أولى ؛ لأن بناء العام على الخاص إنما يجب إذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض . وروى أصبغ عن ابن القاسم : أنه لا يؤخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة في الخليج ، ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف في تحويل الربيع ، وذلك أنه رأى أن تحويل الربيع أيسر من أن يمر عليه طريق لم يكن قبل ، وهذا القدر كاف بحسب غرضنا .

= ١٦٠٩) ، وأبو داود (٤ /٤٩ رقم ٣٦٣٤) ، والترمذي (٣ /٦٣٥ رقم ١٣٥٣) ، وابن ماجه (٢ /٧٨٣ رقم ٢٣٣٥) ، والبيهقي (٦ /٦٨) وغيرهم .

(١) تقدم تخريجه في البيوع .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٤٩ - كتاب الغصب □

وفيه بابان :

الأول : في الضمان ، وفيه ثلاثة أركان :**الأول** : الموجب للضمان .

والثاني : ما فيه الضمان . **والثالث** : الواجب .

وأما الباب الثاني : فهو في الطوارئ على المغصوب .



○ الباب الاول ○

[في الضمان]

● **الركن الأول .**

وأما الموجب للضمان ، فهو:إما المباشرة لأخذ المال المغصوب أو لإتلافه ، وإما المباشرة للسبب المتلف ، وإما إثبات اليد عليه . واختلفوا في السبب الذي يحصل بمباشرته الضمان إذا تناول التلف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان أم لا ؟ وذلك مثل أن يفتح قفصا فيه طائر فيطير بعد الفتح ، فقال مالك : يضمنه هاجه على الطيران أو لم يهجه . وقال أبو حنيفة:لا يضمن على حال ، وفرق الشافعي بين أن يهيجه على الطيران أو لا يهيجه ، فقال : يضمن إن هاجه ، ولا يضمن إن لم يهجه ، ومن هذا من حفر بئرًا فسقط فيه شيء فهلك ، فمالك والشافعي يقولان : إن حفر بحيث أن يكون حفره تعديًا ضمن ما تلف فيه وإلا لم يضمن ، ويجيء على أصل أبي حنيفة أنه لا يضمن في مسألة الطائر ، وهل يشترط في المباشرة العمد أو لا يشترط ؟ فالأشهر أن الأموال تضمن عمدًا وخطأ ، وإن كانوا قد اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب ، وهل يشترط فيه أن يكون مختارًا ؟ فالمعلوم عن الشافعي أنه يشترط أن يكون مختارًا ، ولذلك رأى على المكره الضمان ؛ أعني : المكره على الإتلاف .

● **الركن الثاني .**

وأما ما يجب فيه الضمان ، فهو كل مال أتلفت عينه أو تلفت عند الغاصب عينه بأمر من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك ، وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق .

واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار ، فقال الجمهور : إنها تضمن بالغصب ، أعني : أنها إن انهدمت للدار ضمن قيمتها ، وقال أبو حنيفة : لا يضمن .

وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول ؟ فمن جعل حكم ذلك واحدًا قال بالضمان ، ومن لم يجعل حكم ذلك واحدًا قال : لا ضمان .

• الركن الثالث .

وهو الواجب في الغصب ، والواجب على الغاصب إن كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه ، وهذا لا خلاف فيه ، فإذا ذهبت عينه ، فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان مكيلًا أوموزونًا أن على الغاصب المثل ؛ أعني : مثل ما استهلك صفة ووزنًا .

واختلفوا في العروض فقال مالك : لا يقضى في العروض من الحيوان وغيره إلا بالقيمة يوم استهلك ، وقال الشافعي وأبو حنيفة وداود : الواجب في ذلك مثل ، ولا تلزم القيمة إلا عند عدم المثل . وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي ﷺ : « مَنْ أعْتَقَ شِقْصًا لَهُ في عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ الباقي قيمَةَ العَدْلِ »[١] الحديث . ووجه الدليل منه أنه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة . وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى : ﴿ **فَجَزَاءٌ مِثْلُ ما قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ** ﴾[٢] ولأن منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعدى عليه . ومن الحجة لهم ما خرجه أبو داود[٣] من حديث أنس وغيره « أن رسولَ الله ﷺ كان عند بعض نسائه ، فأرسلت

---

(١) سيأتي تخريجه في « العتق » إن شاء الله .

(٢) المائدة : الآية (٩٥) .

(٣) في السنن (٣ /٨٢٦ رقم ٣٥٦٧) واللفظ له .

قلت : وأخرجه البخاري (٩ /٣٢٠ رقم ٥٢٢٥) ، وأحمد (٣ /١٠٥) ، والترمذي (٣ /٦٤٠ رقم ١٣٥٩) ، وابن ماجه (٢ /٧٨٢ رقم ٢٣٣٤) .

إحدى أمهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام ، قال : فضربت بيدها فكسرت القصعة ، فأخذ النبي ﷺ الكسرتين فضم إحداهما إلى الأخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول : غارت أُمُّكُمْ كُلُوا كُلُوا ، حتى جاءت قصعتها التي في بيتها ، وحبس رسول الله ﷺ القصعة حتى فرغوا ، فدفع الصحفة الصحيحة إلى الرسول ، وحبس المكسورة في بيته »،وفي حديث آخر « أن عائشة كانت هي التي غارت وكسرت الإناء ، وأنها قالت لرسول الله ﷺ : ما كفارة ما صنعتُ ؟ قال : إناءٌ مِثْلُ إناءٍ ، وطَعامٌ مِثْلُ طَعامٍ »[1] .

---

(١) أخرجه أبو داود (٣ /٨٢٧ رقم ٣٥٦٨) واللفظ له .
وأحمد (٣ /٢٦٣) ، والنسائي (٧ /٧١ رقم ٣٩٥٧) . من حديث عائشة رضي الله عنها .
قلت : إسناده ضعيف ، لكن لا بأس به في الشواهد والمتابعات ، والصحيح أن صاحبة الطعام هي أم سلمة رضي الله عنها .

○ الباب الثاني ○

[في الطوارىء]

والطوارىء على المغصوب إما بزيادَة وإما بنقصان ، وهذان إما من قِبَل المخلوق ، وإما من قِبَل الخالق . فأما النقصان الذي يكون بأمر من السماء فإنه ليس له إلا أن يأخذه ناقصًا ، أو يضمِّنه قيمته يوم الغصب ، وقيل : إن له أن يأخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب . وأما إن كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير في المذهب بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يأخذه ، وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون ما نقصته الجناية يوم الغصب ، وذهب أشهب إلى أنه مخير بين أن يضمنه القيمة أو يأخذه ناقصًا ، ولا شيء له في الجناية كالذي يصاب بأمر من السماء ، وإليه ذهب ابن المواز .

والسبب في هذا الاختلاف أن من جعل المغصوب مضمونًا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب ؛ جعل ما حدث فيه من نماء أو نقصان ، كأنه حدث في ملك صحيح ، فأوجب له الغلة و لم يوجب عليه في النقصان شيئًا سواء كان من سببه أو من عند الله ، وهو قياس قول أبي حنيفة . وبالجملة فقياس قول من يضمنه قيمته يوم الغصب فقط . ومن جعل المغصوب مضمونًا على الغاصب بقيمته في كل أوان كانت يده عليه آخذة بأرفع القيم ، وأوجب عليه رد الغلة وضمان النقصان ، سواء كان من فعله أو من عند الله ، وهو قول الشافعي أو قياس قوله . ومن فرق بين الجناية التي تكون من الغاصب ، وبين الجناية التي تكون بأمر من السماء ، وهو مشهور مذهب مالك ، وابن القاسم فعمدته قياس الشبه ؛ لأنه رأى أن جناية الغاصب على الشيء الذي غصبه ، هو غصب ثان متكرر منه ،

كما لو جنى عليه وهو في ملك صاحبه ، فهذا هو نكتة الاختلاف في هذا الباب فقف عليه .

وأما إن كانت الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب ، فالمغصوب مخير بين أن يضَمِّن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني ، وبين أن يترك الغاصب ويتبع الجاني بحكم الجنايات ، فهذا حكم الجنايات على العين في يد الغاصب .

وأما الجناية على العين من غير أن يغصبها غاصب ، فإنها تنقسم عند مالك إلى قسمين : جناية تبطل يسيرًا من المنفعة ، والمقصود من الشيء باق ، فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية ، وذلك بأن يقوم صحيحا ويقوّم بالجناية ، فيعطى ما بين القيمتين .

وأما إن كانت الجناية مما تبطل الغرض المقصود ، فإن صاحبه يكون مخيرًا إن شاء أسلمه للجاني وأخذ قيمته ، وإن شاء أخذ قيمة الجناية ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : ليس له إلا قيمة الجناية .

وسبب الاختلاف الالتفات إلى الحمل على الغاصب ، وتشبيه إتلاف أكثر المنفعة بإتلافَ العين .

وأما النماء فإنه على قسمين :

أحدهما : أن يكون بفعل الله كالصغير يكبر ، والمهزول يسمن ، والعيب يذهب .

والثاني : أن يكون مما أحدثه الغاصب .

فأما الأول فإنه ليس بفوت وأما النماء بما أحدثه الغاصب في الشيء المغصوب ، فإنه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك إلى قسمين :

أحدهما : أن يكون قد جعل فيه من ماله ما له عين قائمة كالصبغ في

الثوب ، والنقش في البناء ، وما أشبه ذلك .

والثاني : أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة ، والنسج ، وطحن الحنطة ، والخشبة يعمل منها توابيت .

فأما الوجه الأول، وهو أن يجعل فيه مِنْ مَالِهِ مَا لَهُ عين قائمة، فإنه ينقسم إلى قسمين :

أحدهما : أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه إعادته على حاله كالبقعة يبنيها ، وما أشبه ذلك .

والثاني : أن لا يقدر على إعادته كالثوب يصبغه ، والسويق يلته .

فأما الوجه الأول : **فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة على حالها ، وإزالة ما له فيها مما جعله من نقض أو غيره ، وبين أن يعطي الغاصب قيمة ماله** فيها من النقض مقلوعًا بعد حط أجر القلع ، وهذا إذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بغيره ، وإنما يستأجر عليه ، وقيل : إنه لا يحط من ذلك أجر القلع ، هذا إن كانت له قيمة ، وأما إن لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شيء ؛ لأن من حق المغصوب أن يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته ، فإن لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال .

وأما الوجه الثاني : فهو فيه مخير بين أن يدفع قيمة الصبغ وما أشبهه ؛ ويأخذ ثوبه ، وبين أن يضمنه قيمة الثوب يوم غصبه ، إلا في السويق الذي يلته في السمن وما أشبه ذلك من الطعام ، فلا يخير فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فوتًا يلزم الغاصب فيه المثل ، أو القيمة فيما لا مثل له .

وأما الوجه الثاني من التقسيم الأول ، وهو أن لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه في الشيء المغصوب سوى العمل فإن ذلك أيضًا ينقسم قسمين :

أحدهما : أن يكون ذلك يسيرًا لا ينتقل به الشيء عن اسمه ، بمنزلة الخياطة

في الثوب أو الرفولة .

والثاني : أن يكون العمل كثيرًا ينتقل به الشيء المغصوب عن اسمه ؛ كالخشبة يعمل منها تابوتًا ، والقمح يطحنه ، والغزل ينسجه ، والفضة يصوغها حليًا أو دراهم ، فأما الوجه الأول : فلا حق فيه للغاصب ، ويأخذ المغصوب منه الشيء المغصوب معمولًا .

أما الوجه الثاني : فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغصوب يوم غصبه ؛ أو مثله فيما له مثل ، هذا تفصيل مذهب ابن القاسم في هذا المعنى ، وأشهب يجعل ذلك كله للمغصوب ، أصله مسألة البنيان ، فيقول : إنه لا حق للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ والرفو والنسج والدباغ والطحين . وقد روى عن ابن عباس أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب ، وقد قيل : إنهما يكونان شريكين ، هذا بقيمة الصبغ ، وهذا بقيمة الثوب إن أبى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ ، وإن أبي الغاصب أن يدفع قيمة الثوب ، وهذا القول أنكره ابن القاسم في المدونة في كتاب اللقطة وقال : إن الشركة لا تكون إلا فيما كان بوجه شبهة جلية . وقول الشافعي في الصبغ مثل قول ابن القاسم إلا أنه يجيز الشركة بينهما ويقول : إنه يؤمر الغاصب بقلب الصبغ إن أمكنه وإن نقص الثوب ، ويضمن للمغصوب مقدار النقصان ، وأصول الشرع تقتضي أن لا يستحل ماله الغاصب من أجل غصبه ، وسواء كان منفعة أو عينًا إلا أن يحتج محتج بقوله ﷺ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌ »[1] لكن هذا مجمل ،

(١) وهو حديث صحيح .

وقد روي عن سعيد بن زيد ، وعائشة ، ورجل من الصحابة ، وسمرة بن جندب ، وغيرهم .

● أما حديث سعيد بن زيد :

فقد أخرجه أبو داود (٣/ ٤٥٣ رقم ٣٠٧٣) ، وعنه البيهقي (٦/ ١٤٢) ، والترمذي (٣/ ٦٦٢ رقم ١٣٧٨) عنه .

=

ومفهومه الأول أنه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشيء الذي غصبه ، أعني : ماله المتعلق بالمغصوب ، فهذا هو حكم الواجب في عين المغصوب تغير

= عن النبي ﷺ قال : « من أحيا أرضاً ميتةً فهي له ، وليس لعرق ظالم حقّ » .
قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب ، وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلاً » .
قلت : أخرجه مالك في الموطأ (٢ /٧٤٣ رقم ٢٦) عن هشام به مرسلاً . وكذلك أخرجه أبو عبيد في الأموال (رقم ٧٠٤) ، والبيهقي (٦ /١٤٢) من طرق أخرى عن هشام به .
● وأما حديث عائشة :
فقد أخرجه الطيالسي في مسنده (صـ٢٠٣ رقم ١٤٤٠) ، وعنه أخرجه البيهقي (٦ /١٤٢) ، والدارقطني (٤ /٢١٧ رقم ٥٠) عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : « العباد عباد الله ، والبلاد بلاد الله ، فمن أحيا من موات الأرض شيئاً فهو له ، وليس لعرق ظالم حق » .
قلت : وفي سنده : زمعة ، وهو ابن صالح : ضعيف ، وأخرج له مسلم مقروناً بغيره . وقال ابن أبي حاتم (١ /٤٧٤) عن أبيه : « هذا حديث منكر » .
وتعقبه الألباني في الإرواء (٥ /٣٥٤) قائلاً : « لكن له شاهد من حديث فضالة ابن عبيد مرفوعاً دون الجملة الأخيرة ، قال الهيثمي (٤ /١٥٧) : « رواه الطبراني ، ورجاله رجال الصحيح .
● وحديث الرجل من الصحابة :
أخرجه أبو داود (٣ /٤٥٤ رقم ٣٠٧٤) ، وأبو عبيد في الأموال (رقم ٧٠٧) ، والبيهقي (٦ /١٤٢) عنه .
وقال الألباني في الإرواء (٥ /٣٥٥) : « وهذا إسناد رجاله ثقات ، لولا أن ابن إسحاق مدلس ، وقد عنعنه ، ومع ذلك فإن الحافظ ابن حجر قال في « بلوغ المرام » : « رواه أبو داود وإسناده حسن » .
● وحديث سمرة :
أخرجه البيهقي (٦ /١٤٢) ، وأبو داود (٣ /٤٥٦ رقم ٣٠٧٧) ، وابن الجارود في المنتقى (رقم ١٠١٥) دون الشطر الثاني منه ، وكذا رواه الطيالسي (صـ١٢٢ رقم ٩٠٦) ، وأحمد (٥ /١٢ ، ٢١) وعلته : عنعنة الحسن البصري .

أو لم يتغير .

وأما حكم غلته ، فاختلف في ذلك في المذهب على قولين :

أحدهما : أن حكم الغلة حكم الشيء المغصوب .

والثاني أن حكمهما بخلاف الشيء المغصوب .

فمن ذهب إلى أن حكمهما حكم الشيء المغصوب ، وبه قال أشهب من أصحاب مالك يقول : إنما تلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما انتهت إليه قيمتها ؛ على قول من يرى أن الغاصب يلزمه أرفع القيم من يوم غصبها لا قيمة الشيء المغصوب يوم الغصب .

وأما الذين ذهبوا إلى أن حكم الغلة بخلاف حكم الشيء المغصوب ، فاختلفوا في حكمها اختلافًا كثيرًا بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت ببينة ، أنه لا ضمان على الغاصب ، وأنه إن ادعى تلفها لم يصدق وإن كان مما لا يغاب عليه . وتحصيل مذهب هؤلاء في حكم الغلة هو أن الغلال تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

أحدها : غلة متولدة عن الشيء المغصوب على نوعه وخلقته وهو الولد .

وغلة متولدة عن الشيء لا على صورته ، وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها .

وغلال غير متولدة بل هي منافع ، وهي الأكرية والخراجات وما أشبه ذلك .

فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه أن الغاصب يرده كالولد مع الأم المغصوبة وإن كان ولد الغاصب . وإنما اختلفوا في ذلك إذا ماتت الأم ، فقال مالك : هو مخير بين الولد وقيمة الأم ، وقال الشافعي : بل يرد الولد وقيمة الأم وهو القياس .

وأما إن كان متولدًا على غير خلقة الأصل وصورته ففيه قولان :

أحدهما : أن للغاصب ذلك المتولد .

والثاني : أنه يلزمه رده مع الشيء المغصوب إن كان قائمًا أو قيمتها إن ادعى تلفها و لم يُعرف ذلك إلا من قوله ، فإن تلف الشيء المغصوب كان مخيرًا بين أن يضمنه بقيمته ولا شيء له في الغلة وبين أن يأخذه بالغلة ولا شيء له من القيمة .

وأما ما كان غير متولد ، فاختلفوا فيه على خمسة أقوال :

أحدها : أنه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل .

والثاني : أنه يلزمه رده من غير تفصيل أيضًا .

والثالث : أنه يلزمه الرد إن أكرى ، ولا يلزمه الرد إن انتفع أو عطل .

والرابع : يلزمه إن أكرى أو انتفع ، ولا يلزمه إن عطل .

والخامس : الفرق بين الحيوان والأصول ، أعني : أنه يرد **قيمة** منافع الأصول ، ولا يرد قيمة منافع الحيوان ، وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها .

وأما ما اغتل منها بتصريفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها فيتجر بها فيربح ، فالغلة قولاً واحدًا في المذهب ، وقال قوم : الربح للمغصوب ، وهذا أيضًا إذا قصد غصب الأصل . وأما إذا قصد غصب الغلة دون الأصل فهو ضامن للغلة بإطلاق ، ولا خلاف في ذلك سواء عطل أو انتفع أو أكرى ، كان مما يزال به أو بما لا يزال به ، وقال أبو حنيفة : إنه من تعدى على دابة رجل فركبها أو حمل عليها فلا كراء عليه في ركوبه إياها ولا في حمله ؛ لأنه ضامن لها إن تلفت في تعديه ، وهذا قوله في كل ما ينقل ويحوّل ، فإنه لما رأى أنه قد ضمنه بالتعدي وصار في ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجر به من المال المغصوب ، وإن كان الفرق بينهما أن الذي تجر به تحولت عينه ، وهذا لم تتحول

عينه . وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة أو لا يردها اختلافهم في تعميم قوله ﷺ : « الخَرَاجُ بالضَّمانِ »[1] وقوله ﷺ : « ليس لعرق ظالم حق »[2] وذلك أن قوله ﷺ هذا خرج على سبب ، وهو في غلام قيم فيه بعيب ، فأراد الذي صرف عليه أن يرد المشتري غلته ، وإذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه ؟ فيه خلاف بين فقهاء الأمصار مشهور . فمن قصر هـٰهنا هذا الحكم على سببه قال : إنما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار إلى الإنسان بشبهة ، مثل أن يشتري شيئًا فيستغله فيستحق منه . وأما ما صار إليه بغير وجه شبهة ، فلا تجوز له الغلة ؛ لأنه ظالم ، وليس لعرق ظالم حق . فعمم هذا الحديث في الأصل والغلة ؛ أعني : عموم هذا الحديث وخصص الثاني .

وأما من عكس الأمر فعمم قوله ﷺ : « الخراج بالضمان »[3] على أكثر من السبب الذي خرج عليه ، وخصص قوله ﷺ : « ليس لعرق ظالم حق »[4] بأن جعل ذلك في الرقبة دون الغلة قال : لا يرد الغلة الغاصب .

وإما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجري المنافع والأعيان المتولدة مجرى واحدًا ، وأن يعتبر التضمن أو لا يعتبر . وأما سائر الأقاويل التي بين هذين فهي استحسان .

وأجمع العلماء على أن من اغترس نخلًا أو ثمرًا بالجملة ونباتًا في غير أرضه ، أنه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال : « مَنْ أحيا أرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظالمٍ حَقٌّ »[4]، والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس في أرض الغير .

(١) تقدم تخريجه في البيوع .
(٢) تقدم تخريجه قريباً .
(٣) تقدم تخريجه في البيوع .
(٤) تقدم تخريجه قريباً .

وروى أبو داود[1] في هذا الحديث زيادة قال عروة : ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث « أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلًا في أرض الآخر ، فقضى لصاحب الأرض بأرضه ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها » قال : فلقد رأيتها وإنما لتضرب أصولها بالفؤوس ، وإنها لنخل عُمّ حتى أُخرِجَتْ منها إلا ما روي في المشهور عن مالك « أن من زرع زرعا في أرض غيره وفات أوان زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعه ، وكان على الزارع كراء الأرض ، وقد روي عنه ما يشبه قياس قول الجمهور ، وعلى قوله : إن كل ما لا ينتفع الغاصب به إذا قلعه وأزاله أنه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزارع.

وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا : الزارع في أرض غيره له نفقته وزريعته ، وهو قول كثير من أهل المدينة ، وبه قال أبو عبيد ، وروي عن رافع بن خديج[2] أنه قال ﷺ : « مَنْ زَرَعَ في أَرْض قَوْم ٍ بِغَيْرِ إذْنِهِمْ فَلَهُ نَفَقَتُهُ ، وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ »

---

(١) في السنن (٣ /٤٥٥ رقم ٣٠٧٤) وقد تقدم من حديث رجل من الصحابة .

(٢) وهو حديث صحيح بطرقه :

● أخرجه أبو داود (٣ /٦٩٢ رقم ٣٤٠٣) ، والترمذي (٣ /٦٤٨ رقم ١٣٦٦) ، وابن ماجه (٢ /٨٢٤ رقم ٢٤٦٦) ، وأبو عبيد في الأموال (رقم ٧٠٨) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١١٧) ، والطيالسي (١ /٢٧٨ رقم ١٤٠١ - منحة المعبود) ، والبيهقي (٦ /١٣٦) ، وأحمد (٣ /٤٦٥) و (٤ /١٤١) من طرق عن شريك ، عن أبي إسحاق ، عن عطاء ، عن رافع به .

وقال الترمذي : حديث حسن غريب . قلت : تحسين الترمذي للحديث من أجل طرقه الآتية . وإلا فإن الإسناد ضعيف ، وله ثلاث علل :

١ - الانقطاع بين عطاء ورافع .

٢ - اختلاط أبي إسحاق وهو السبيعي وعنعنته .

٣ - ضعف شريك بن عبد الله القاضي .

انظر السنن الكبرى للبيهقي (٦ /١٣٦ -١٣٧) فقد أوضح ذلك . =

واختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشي والدواب على أربعة أقوال :

أحدها : أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته .

والثاني : أن لا ضمان عليه .

والثالث : أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار .

= لكن للحديث طرق أخرى يتقوى بها .

(**الأولى**) : عن بكير عن عبد الرحمن بن أبي نعيم أن رافع بن خديج أخبره : « أنه زرع أرضاً أخذها من بني فلان ، فمر به رسول الله ﷺ وهو يسقي زرعه ، فسأله لمن هذا ؟ فقال : الزرع لي ، وهي أرض بني فلان ، أخذتها ، لي الشطر ، ولهم الشطر ، قال : فقال : انفض يدك من غبارها ورد الأرض إلى أهلها ، وخذ نفقتك ، قال : فانطلقت فأخبرتهم بما قال رسول الله ﷺ ، قال : فأخذ نفقته ورد إليهم أرضهم » .

أخرجه أبو داود (٣ /٦٩٢ رقم ٣٤٠٢) ، والطحاوي في مشكل الآثار (٣ /٢٨٢) ، والبيهقي (٦ /١٣٦) .

قلت : في سنده « بكير بن عامر البَجَلي » وهو ضعيف . كما قاله الحافظ في التقريب (١ /١٠٨ رقم ١٣٦) .

(**والأخرى**) : عن أبي جعفر الخطمي ، قال : بعثني عمي أنا وغلاماً له إلى سعيد بن المسيب ، قال : فقلنا له : شيء بلغنا عنك في المزارعة ، قال : « كان ابن عمر لا يرى بها بأساً ، حتى بلغه عن رافع بن خديج حديث ، فأتاه فأخبره رافع أن رسول الله ﷺ أتى بني حارثة ، فرأى زرعاً في أرض ظهير ، فقال : ما أحسن زرع ظهير ، قالوا : ليس لظهير ، قال : أليس أرض ظهير ، قالوا : بلى ولكنه زرع فلان ، قال : فخذوا زرعكم ، وردوا عليه النفقة ، قال رافع : فأخذنا زرعنا ، ورددنا إليه النفقة » .

أخرجه أبو داود (٣ /٦٩٠ رقم ٣٣٩٩) ، والطحاوي في مشكل الآثار (٣ /٢٨١) ، والبيهقي (٦ /١٣٦) وإسناده صحيح .

وقال ابن أبي حاتم في العلل (١ /٤٧٥ -٤٧٦) : « قال أبي : هذا يقوي حديث شريك عن أبي إسحاق .. » .

والرابع : وجوب الضمان في غير المنفلت ، ولا ضمان في المنفلت .

وممن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار : مالك والشافعي ، وبأن لا ضمان عليهم أصلًا قال أبو حنيفة وأصحابه ، وبالضمان بإطلاق قال الليث ، إلا أن الليث قال : لا يضمن أكثر من قيمة الماشية ، والقول الرابع مرويٌّ عن عمر رضي الله عنه .

فعمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيئان :

أحدهما : قوله تعالى : ﴿ **وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ** ﴾[1] والنفش عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل ، وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا .

والثاني : مرسله عن ابن شهاب « أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه ، فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها ، وأن ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها »[2] أي : مضمون .

---

(١) الأنبياء : الآية (٧٨) .

(٢) وهو حديث صحيح .

أخرجه مالك (٢ /٧٤٧ رقم ٣٧) عن ابن شهاب عن حرام بن سعد بن محيصة أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل .. والباقي سواء .

قلت : وهذا سند مرسل صحيح ، وقد أخرجه الدارقطني (٣ /١٥٦ رقم ٢٢٢) ، والبيهقي (٨ /٣٤١) ، وأحمد (٥ /٤٣٥ -٤٣٦) من طريق مالك به .

وتابعه الليث بن سعد عن ابن شهب به مرسلاً .

أخرجه ابن ماجه (٢ /٧٨١ رقم ٢٣٣٢) .

وتابعهما سفيان بن عيينة عن الزهري ، عن سعيد بن المسيّب ، وحرام بن سعد بن محيصة أن ناقة للبراء ..

أخرجه أحمد (٥ /٤٣٦) ، والبيهقي (٨ /٣٤٢) .

وتابعهم الأوزاعي ، لكن اختلفوا عليه في سنده . فقال أبو المغيرة : ثنا الأوزاعي عن =

....

= الزهري عن حرام بن محيصة الأنصاري به مرسلاً .
أخرجه البيهقي (٨ /٣٤١) .
وقال الفريابي عن الأوزاعي به إلا أنهٔ قال : « عن البراء بن عازب » . فوصله . أخرجه أبو داود (٣ /٨٢٩ رقم ٣٥٧٠) ، وعنه البيهقي (٨ /٣٤١) ، والحاكم (٢ /٤٨) .
وكذا قال محمد بن مصعب ، ثنا الأوزاعي به موصولاً .
أخرجه أحمد (٤ /٢٩٥) ، والبيهقي (٨ /٣٤١) ، والدارقطني (٣ /١٥٥ رقم ٢١٩) .
وكذا قال أيوب بن سويد ، ثنا الأوزاعي به .
أخرجه الدارقطني (٣ /١٥٥ رقم ٢١٧) ، والبيهقي (٨ /٣٤١) . فقد اتفق هؤلاء الثلاثة : الفريابي ، ومحمد بن مصعب ، وأيوب بن سويد على وصله عن الاوزاعي ، فهو أولى من رواية أبي المغيرة عنه مرسلاً لأنهم جماعة ، وهو فرد .
وتابعهم معمر ، واختلفوا عليه أيضاً ، فقال عبد الرزاق ، ثنا معمر عن الزهري عن حرام بن محيصة عن أبيه أن ناقة للبراء .. الحديث . فزاد في السند « عن أبيه » .
أخرجه أبو داود (٣ /٨٢٨ رقم ٣٥٦٩) ، وابن حبان (صـ٢٨٤ رقم ١١٦٨ – الموارد) ، والدارقطني (٣ /١٥٤ رقم ٢١٦) ، وأحمد (٥ /٤٣٦) ، والبيهقي (٨ / ٣٤٢) . وقال : وخالفه وهيب ، وأبو مسعود الزجاج عن معمر ، فلم يقولا : « عن أبيه » .
قال ابن التركماني في الجوهر النقي (٨ / ٣٤٢ – حاشية السنن الكبرى) : وذكر ابن عبد البر بسنده عن أبي داود ، قال : لم يتابع أحد عبد الرزاق على قوله في هذا الحديث : « عن أبيه » . وقال أبو عمر : أنكروا عليه قوله فيه : « عن أبيه » . وقال ابن حزم : « هو مرسل ... » .
وقال المحدث الألباني في « الصحيحة » (١ /٤٢٥) : (لكن قد وصله الأوزاعي بذكر البراء فيه ، في أرجح الروايتين عنه ، وقد تابعه : عبد الله بن عيسى عن الزهري عن حرام بن محيصة عن البراء به .
أخرجه ابن ماجه (٢ /٧٨١ رقم ٢٣٣٢) ، والبيهقي (٨ /٣٤١ –٣٤٢) وعبد الله =

وعمدة أبي حنيفة قوله ﷺ : « العَجْماءُ جُرْحُها جُبارٌ »[1] وقال الطحاوي : وتحقيق مذهب أبي حنيفة أنه لا يضمن إذا أرسلها محفوظة ، فأما إذا لم يرسلها محفوظة فيضمن ، والمالكية تقول : من شرط قولنا أن تكون الغنم في المسرح ، وأما إذا كانت في أرض مزرعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلًا ونهارًا .

وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلًا ونهارًا شهادة الأصول له ، وذلك أنه تعد من المرسل ، والأصول على أن على المتعدي الضمان ، ووجه من فرق بين المنفلت وغير المنفلت بين ، فإن المنفلت لا يملك .

فسبب الخلاف في هذا الباب معارضة الأصل للسمع ، ومعارضة السماع بعضه لبعض ، أعني : أن الأصل يعارض « جرح العجماء جبار » ، ويعارض أيضًا التفرقة التي في حديث البراء ، وكذلك التفرقة التي في حديث البراء تعارض أيضًا قوله : « جرح العجماء جبار » .

= ابن عيسى هو ابن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، وهو ثقه محتج به في الصحيحين ، فهي متابعة قوية للأوزاعي على وصله ، فصح بذلك الحديث ، ولا يضره إرسال من أرسله ؛ لأن زيادة الثقة مقبولة ، فكيف إذا كانا ثقتين ؟ وقد قال الحاكم (٢ /٤٨) عقب رواية الأوزاعي : « صحيح الإسناد ، على خلاف فيه بين معمر والأوزاعي » . ووافقه الذهبي .

كذا قالا ، وخلاف معمر مما لا يلتفت إليه لمخالفته لروايات جميع الثقات في قوله : « عن أبيه » على أنه لم يتفقوا عليه في ذلك كما سبق ، فلو أنهما أشارا إلى خلاف مالك ، والليث ، وابن عيينة في وصله ؛ لكان أقرب إلى الصواب ، ولو أن هذا لا يعل به الحديث ، لثبوته موصولاً من طريق الثقتين كما تقدم) اهـ .

(١) أخرجه البخاري (١٢ /٢٥٤ رقم ٦٩١٢) ، ومسلم (٣ /١٣٣٤ رقم ٤٥ / ١٧١٠) ، والترمذي (٣ /٦٦١ رقم ١٣٧٧) ، والنسائي (٥ /٤٥) ، وأبو داود (٤ /٧١٥ رقم ٤٥٩٣) ، وابن ماجه (٢ /٨٩١ رقم ٢٦٧٣) ، وأحمد (٢ /٢٣٩) وغيرهم من حديث أبي هريرة .

ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في حكم ما يصاب من أعضاء الحيوان ، فروي عن عمر بن الخطاب أنه قضى في عين الدابة بربع ثمنها ، وكتب إلى شريح فأمره بذلك ، وبه قال الكوفيون ، وقضى به عمر بن عبد العزيز ، وقال الشافعي ومالك : يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص في ثمنها قياسًا على التعدي في الأموال ، والكوفيون اعتمدوا في ذلك على قول عمر رضي الله عنه وقالوا : إذا قال الصاحب قولًا ولا مخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به ؛ لأنه يعلم أنه إنما صار إلى القول به من جهة التوقيف .

فسبب الخلاف إذًا : معارضة القياس لقول الصاحب . ومن هذا الباب اختلافهم في الجمل الصئول وما أشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله ، هل يجب عليه غرمه أم لا ؟ فقال مالك والشافعي : لا غرم عليه إذا بان أنه خافه على نفسه ، وقال أبو حنيفة والثوري : يضمن قيمته على كل حال ، وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلًا فأراد قتله ، فدافع المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة القاصد المتعدي أنه ليس عليه قود ، وإذا كان ذلك في النفس كان في المال أحرى ؛ لأن النفس أعظم حرمة من المال ، وقياسًا أيضًا على إهدار دم الصيد الحرمي إذا صال وتمسك به حذاق أصحاب الشافعي .

وعمدة أبي حنيفة أن الأموال تضمن بالضرورة إليها ، أصله المضطر إلى طعام الغير ولا حرمة للبعير من جهة ما هو ذو نفس .

ومن هذا الباب : اختلافهم في المكرهة على الزنا ، هل على مكرهها مع الحد صداق أم لا ؟ فقال مالك والشافعي والليث : عليه الصداق والحد جميعًا ، وقال أبو حنيفة والثوري : عليه الحد ولا صداق عليه ، وهو قول ابن شبرمة . وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان : حق لله وحق للآدمي ، فلم يسقط أحدهما الآخر ، أصله السرقة التي يجب بها عندهم غرم المال والقطع .

وأما من لم يوجب الصداق ، فتعلق في ذلك بمعنيين :

أحدهما : أنه إذا اجتمع حقان : حق لله وحق للمخلوق ؛ سقط حق المخلوق لحق الله ، وهذا على رأي الكوفيين في أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع .

والمعنى الثاني : أن الصداق ليس مقابل البضع ، وإنما هو عبادة إذ كان النكاح شرعيًا ، وإذا كان ذلك كذلك فلا صداق في النكاح الذي على غير الشرع .

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب من غصب أسطوانة فبنى عليها بناء يساوي قائمًا أضعاف قيمة الأسطوانة ، فقال مالك والشافعي : يحكم على الغاصب بالهدم ويأخذ المغصوب منه أسطوانته ، وقال أبو حنيفة : تفوت بالقيمة كقول مالك فيمن غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة ، وعند الشافعي لا يفوت المغصوب بشيء من الزيادة . وهنا انقضى هذا الكتاب .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٥٠ - كتاب الاستحقاق □

وجل النظر في هذا الكتاب هو في أحكام الاستحقاق ، وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب أن الشيء المستحق من يد إنسان بما تثبت به الأشياء في الشرع لمستحقها إذا صار إلى ذلك الإنسان الذي استحق من يده الشيء المستحق بشراء أنه لا يخلو من أن يستحق من ذلك الشيء أقله أو كله أو جله ، ثم إذا استحق منه كله أو جله فلا يخلو أن يكون قد تغير عند الذي هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ، ثم لا يخلو أيضًا أن يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن أو مثمون . فأما إن كان استحق منه أقله ، فإنه إنما يرجع عند مالك على الذي اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده ، وليس له أن يرجع بالجميع . وأما إن كان استحق كله أو جله ، فإن كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذي اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه إن كان اشتراه بثمن ، وإن كان اشتراه بالمثمون رجع بالمثمون بعينه إن كان لم يتغير ، فإن تغير تغيرًا يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء ، وإن كان المال المستحق قد بيع ، فإن للمستحق أن يمضي البيع ويأخذ الثمن أو يأخذه بعينه ، فهذا حكم المستحق . والمستحق من يده ما لم يتغير الشيء المستحق ، فإن تغير الشيء المستحق فلا يخلو أن يتغير بزيادة أو نقصان . فأما إن كان تغير بزيادة فلا يخلو أن يتغير بزيادة من قبل الذي استحق من يده الشيء ، أو بزيادة من ذات الشيء . فأما الزيادة من ذات الشيء

فيأخذها المستحق ، مثل أن تسمن الجارية أو يكبر الغلام . وأما الزيادة من قبل المستحق منه ، فمثل أن يشتري الدار فبنى فيها فتستحق من يده ، فإنه مخير بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه وبين أن يدفع إليه المستحق من يده قيمة ما استحق أو يكونا شريكين ، هذا بقدر قيمة ما استحق من يده ، وهذا بقدر قيمة مابنى أو غرس ، وهو قضاء عمر بن الخطاب .

وأما أن كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه ، مثل أن يشتري أمة فيولدها ثم تستحق منه أو يزوِّجها على أنها حرة فتخرج أمة ، فإنهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن يأخذ أعيان الولد ، واختلفوا في أخذ قيمتهم . وأما الأم فقيل : يأخذها بعينها ، وقيل : يأخذ قيمتها . وأما إن كان الولد بنكاح فاستحقت بعبودية فلا خلاف أن لسيدها أن يأخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره ، وإذا ألزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره ؛ لأن الغرر لم يتعلق بالولد .

وأما غلة الشيء المستحق ، فإنه إذا كان ضامنًا بشبهة ملك فلا خلاف أن الغلة للمستحق منه ، وأعني بالضمان : أنها تكون من خسارته إذا هلكت عنده ، وأما إذا كان غير ضامن ، مثل أن يكون وارثًا فيطرأ عليه وارث آخر فيستحق بعض ما في يده فإنه يرد الغلة .

وأما إن كان غير ضامن إلا أنه ادعى في ذلك ثمنًا مثل العبد يستحق بحرية ، فإنه وإن هلك عنده يرجع بالثمن ففيه قولان : أنه لا يضمن إذا لم يجد على من يرجع ، ويضمن إذا وجد على من يرجع . وأما من أي وقت تصح الغلة للمستحق ؟ فقيل : يوم الحكم ، وقيل : من يوم ثبوت الحق ، وقيل : من يوم توقيفه . وإذا قلنا : إن الغلة تجب للمستحق في أحد هذه الأوقات الثلاثة ؛ فإذا كانت أصولًا فيها ثمرة فأدرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده ، فقيل : إنها للمستحق ما لم تقطف ، وقيل : مالم تيبس ، وقيل : مالم يطب ويرجع عليه

بما سقى وعالج المستحق من يديه ، وهذا إن كان اشترى الأصول قبل الإبار . وأما إن كان اشتراها بعد الإبار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم إن جذت ويرجع بالسقي والعلاج ، وقال أشهب : هي للمستحق مالم تجذ ، والأرض إذا استحقت ، فالكراء إنما هو للمستحق إن وقع الاستحقاق في إبان زريعة الأرض . وأما إذا خرج الإبان فقد وجب كراء الأرض للمستحق منه . وأما إن كان بغير نقصان ، فإن كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شيء على المستحق من يديه . وأما إن كان أخذ له ثمنا مثل أن يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر ، فإنه يرجع عليه بثمن ما باع من النقض . قال القاضي : ولم أجد في هذا الباب خلافًا يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك وأصحابه ، وهي أصولهم في هذا الباب ، ولكن يجيء على أصول الغير أنه إذا كان المستحق مشترى بعرض ؛ وكان العرض قد ذهب أن يرجع المستحق من يده بعرض مثله لا بقيمته ، وهم الذين يرون في جميع المتلفات المثل ، وكذلك يجيء على أصول الغير أن يرجع على المشتري إذا استحق منه قليل أو كثير ؛ لأنه لم يدخل على الباقي ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض . كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٥١ - كتاب الهبات □

والنظر في الهبة : في أركانها ، وفي شروطها ، وفي أنواعها ، وفي أحكامها : ونحن إنما نذكر من هذه الأجناس ما فيها من المسائل المشهورة .

فنقول : أما الأركان فهي ثلاثة : الواهب ، والموهوب له ، والهبة . أما الواهب : فإنهم اتفقوا على أنه تجوز هبته إذا كان مالكًا للموهوب صحيح الملك ، وذلك إذا كان في حال الصحة وحال إطلاق اليد . واختلفوا في حال المرض وفي حال السفه والفلس .

أما المريض : فقال الجمهور : إنها في ثلثه تشبيها بالوصية ، أعني : الهبة التامة بشروطها . وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر : إن هبته تخرج من رأس ماله إذا مات ، ولا خلاف بينهم أنه إذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة . وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين[١] عن النبي ﷺ « في الذي أعتق ستة أعبد عند موته ، فأمره رسول الله ﷺ فأعتق ثلثهم وأرق الباقي » وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال ؛ أعني : حال الإجماع وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الإجماع في المرض إلا أن يدل دليل من كتاب أو سنة بينة ، والحديث عندهم محمول على الوصية ،

(١) تقدم تخريجه في القسمة .

والأمراض التي يحجز فيها عند الجمهور هي الأمراض المخوفة ، وكذلك عند مالك الحالات المخوفة ، مثل الكون بين الصفين ، وقرب الحامل من الوضع ، وراكب البحر المرتج، وفيه اختلاف. وأما الأمراض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير، وقد تقدم هذا في كتاب الحجر .

وأما السفهاء والمفلسون : فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم أن هبتهم غير ماضية ، وأما الموهوب فكل شيء صح ملكه .

واتفقوا على أن للإنسان أن يهب جميع ماله للأجنبي . واختلفوا في تفضيل الرجل بعض ولده على بعض في الهبة ، أو في هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض ، فقال جمهور فقهاء الأمصار بكراهية ذلك له ، ولكن إذا وقع عندهم جاز ، وقال أهل الظاهر : لا يجوز التفضيل فضلًا عن أن يهب بعضهم جميع ماله ، وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون بعض .

ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير ، وهو حديث متفق على صحته ، وإن كان قد اختلف في ألفاظه ، والحديث أنه قال : « إن أباه بشيرًا أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال : إني نحلت ابني هذا غلامًا كان لي ، فقال رسول الله ﷺ : أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا ؟ قال لا ، قال رسول الله ﷺ : فارْتَجِعْهُ » واتفق مالك[1] والبخاري[2] ومسلم[3] على هذا اللفظ ، قالوا : والارتجاع يقتضي بطلان الهبة . وفي بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه

---

(١) في الموطأ (٢ /٧٥١ رقم ٣٩) .

(٢) في صحيحه (٥ /٢١١ رقم ٢٥٨٦) .

(٣) في صحيحه (٣ /١٢٤١ رقم ٩ /١٦٢٣) .

قلت : وأخرجه أحمد (٤ /٢٦٨) ، وأبو داود (٣ /٨١١ رقم ٣٥٤٢) ، والترمذي (٣ /٦٤٩ رقم ١٣٦٧) ، والنسائي (٦ /٢٥٨ -٢٥٩) ، وابن ماجه (٢ /٧٩٥ رقم ٢٣٧٥) . وغيرهم . وعند بعضهم : ما رده .

قال ﷺ : «هَذَا جَوْرٌ »[1] ، وعمدة الجمهور أن الإجماع منعقد على أن للرجل أن يهب في صحته جميع ماله للأجانب دون أولاده ، فإن كان ذلك للأجنبي فهو للولد أحرى . واحتجوا بحديث أبي بكر المشهور أنه كان نحل عائشة جذاذ عشرين وسقا من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال : والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك ، ولا أعزُّ علي فَقْرًا بعدي منك ، وإني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقًا فلو كنت جَذذتيه واحتزتيه كان لك ، وإنما هو اليوم مال وارث . قالوا : وذلك الحديث المراد به الندب ، والدليل على ذلك أن في بعض رواياته : « ألستَ تُرِيدُ أنْ يَكونُوا لك في البَرِّ واللُّطْفِ سواءً ؟ قال : نعم ، قال : فأشْهِدْ عَلى هذَا غَيرِي »[2] . وأما مالك فإنه رأى أن النهي عن أن يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو أحرى أن يحمل على الوجوب ، فأوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهي عن أن يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله .

فسبب الخلاف في هذه المسألة معارضة القياس للفظ النهي الوارد ، وذلك أن النهي يقتضي عند الأكثر بصيغة التحريم ، كما يقتضي الأمر الوجوب ، فمن ذهب إلى الجمع بين السماع والقياس حمل الحديث على الندب ، أو خصصه

---

(١) أخرجه البخاري (٥ /٢٥٨ رقم ٢٦٥٠) ، ومسلم (٣ /١٢٤٣ رقم ١٤ /١٦٢٣) من حديث النعمان بن بشير بالقصة . وفيه : فقال رسول الله ﷺ : « يا بشير ألك ولد سوى هذا ؟ » قال : نعم ، فقال : « أكلهم وهبت له مثل هذا ؟ » قال : لا ، قال : « فلا تُشهدني إذاً فإني لا أشهد على جور » وفي لفظ البخاري (٥ /٢٥٨ رقم ٢٦٥٠) ، ومسلم (٣ /١٢٤٣ رقم ١٦ /١٦٢٣) ، أيضاً : « فلا تشهدني على جور » .

(٢) أخرجه مسلم (٣ /١٢٤٣ رقم ١٧ /١٦٢٣) ، وأبو داود (٣ /٨١١ رقم ٣٥٤٢) ، والنسائي (٦ /٢٦٠) ، وابن ماجه (٢ /٧٩٥ رقم ٢٣٧٥) ، وأحمد (٤ /٢٧٠) من حديث النعمان بن بشير .
ولم يقل : « واللطف » إلا أبو داود .

في بعض الصور كما فعل مالك ، ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس ، وكذلك العدول بها عن ظاهرها ؛ أعني : أن يعدل بلفظ النهي عن مفهوم الحظر إلى مفهوم الكراهية . وأما أهل الظاهر فلما لم يجز عندهم القياس في الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا : بتحريم التفضيل في الهبة .

واختلفوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع غير المقسوم ، فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور : تصح ، وقال أبو حنيفة : لا تصح .

وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع . وعمدة أبي حنيفة أن القبض فيها لا يصح إلا مفردة كالرهن ، ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود ، وبالجملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر ، وقال الشافعي : ما جاز بيعه جازت هبته كالدين ، وما لم يجز بيعه لم تجز هبته ، وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعي لا تصح هبته كالدين والرهن ، وأما الهبة فلابد من الإيجاب فيها والقبول عند الجميع . ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه .

وأما الشروط فأشهرها القبض ؛ أعني : أن العلماء اختلفوا هل القبض شرط في صحة العقد أم لا ؟ فاتفق الثوري والشافعي وأبو حنيفة أن من شرط صحة الهبة القبض ، وأنه إذا لم يقبض لم يلزم الواهب ، وقال مالك : ينعقد بالقبول ويجبر على القبض كالبيع سواء ، فإن تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة ، وله إذا باع تفصيل : إن علم فتوانى لم يكن له إلا الثمن ، وإن قام في الفور كان له الموهوب .

فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة ، وهو عند الشافعي وأبي حنيفة من شروط الصحة . وقال أحمد وأبو ثور : تصح الهبة بالعقد ، وليس القبض من شروطها أصلًا ، لا من شرط تمام ولا من شرط

صحة ، وهو قول أهل الظاهر . وقد روي عن أحمد بن حنبل أن القبض من شروطها في المكيل والموزون .

فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشبيهها بالبيع ، وأن الأصل في العقود أن لا قبض مشترط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض .

وعمدة من اشترط القبض أن ذلك مروي عن أبي بكر رضي الله عنه في حديث هبته لعائشة المتقدم ، وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة . وما روى مالك عن عمر أيضًا أنه قال : ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلًا ثم يمسكونها ، فإن مات ابن أحدهم قال : مالي بيدي لم أعطه أحدًا ، وإن مات قال : هو لابني قد كنت أعطيته إياه فمن نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها للمنحول له وأبقاها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطلة ، وهو قول علي ، قالوا : وهو إجماع من الصحابة ؛ لأنه لم ينقل عنهم في ذلك خلاف .

وأما مالك فاعتمد الأمرين جميعًا ؛ أعني : القياس وما روي عن الصحابة ، وجمع بينهما ، فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطًا من شروط صحتها القبض ، ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر ، جعل القبض فيها من شرط التمام ، ومن حق الموهوب له ، وأنه إن تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو إفلاس على الواهب سقط حقه . وجمهور فقهاء الأمصار على أن الأب يجوز لابنه الصغير الذي في ولاية نظره وللكبير السفية الذي ما وهبه كما يجوز لهما ما وهبه غيره لهم ، وأنه يكفي في الحيازة له إشهاده بالهبة والإعلان بذلك ، وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة وفيما لا يتعين .

والأصل في ذلك عندهم ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال : من نحل ابنًا له صغيرًا لم يبلغ أن يحوز نحلته

فأعلن ذلك وأشهد عليه فهي حيازة وإن وليها ، وقال مالك وأصحابه : لابد من الحيازة في المسكون والملبوس ، فإن كانت دارًا سكن فيها خرج منها ، وكذلك الملبوس إن لبسه بطلت الهبة ، وقالوا في سائر العروض بمثل قول الفقهاء ؛ أعني : أنه يكفي في ذلك إعلانه وإشهاده . وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك ، فروي عنه أنه لا يجوز إلا أن يخرجه الأب عن يده إلى يد غيره ، وروي عنه أنه يجوز إذا جعلها في ظرف أو إناء وختم عليها بخاتم وأشهد على ذلك الشهود . ولا خلاف بين أصحاب مالك أن الوصي يقوم في ذلك مقام الأب . واختلفوا في الأم ، فقال ابن القاسم : لا تقوم مقام الأب ، ورواه عن مالك ، وقال غيره من أصحابه : تقوم ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : الجد بمنزلة الأب ، والجدة عند ابن وهب أم الأم تقوم مقام الأم ، والأم عنده تقوم مقام الأب .

○ القول في أنواع الهبات ○

والهبة : منها ما هي هبة عين ، ومنها ماهي هبة منفعة . وهبة العين منها ما يقصد بها الثواب ، ومنها ما لا يقصدَ بها الثواب . والتي يقصد بها الثواب منها ما يقصد بها وجه الله ، ومنها ما يقصد به وجه المخلوق .

فأما الهبة لغير الثواب فلا خلاف في جوازها ، وإنما اختلفوا في أحكامها . وأما هبة الثواب فاختلفوا فيها ، فأجازها مالك وأبو حنيفة ، ومنعها الشافعي ، وبه قال داود وأبو ثور .

وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن أو ليس بيعًا مجهول الثمن ؟ فمن رآه بيعًا مجهول الثمن قال : هو من بيوع الغرر التي لا تجوز . ومن لم ير أنها بيع مجهول قال : يجوز . وكأن مالكًا جعل العرف فيها بمنزلة الشرط ، وهو ثواب مثلها ، ولذلك اختلف القول عندهم إذا لم يرض الواهب بالثواب ما الحكم ؟ فقيل : تلزمه الهبة إذا أعطاه الموهوب القيمة ، وقيل : لا تلزمه إلا أن يرضيه ، وهو قول عمر على ما سيأتي بعد ، فإذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد ، والأول هو المشهور عن مالك وأما إذا ألزم القيمة فهنالك بيع انعقد ، وإنما يحمل مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا في ذلك ، وخصوصا إذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل أن يهب الفقير للغني ، أو لمن يرى أنه إنما قصد بذلك الثواب .

وأما هبات المنافع فمنها ما هي مؤجلة ، وهذه تسمى عارية ومنحة وما أشبه ذلك ، ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له ، وهذه تسمى

العمرى ، مثل أن يهب رجل رجلًا سكنى دار حياته ،وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها هبة مبتوتة ؛ أي : أنها هبة للرقبة ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة .

والقول الثاني : أنه ليس للمعمَر فيها إلا المنفعة ، فإذا مات عادت الرقبة للمعمر أو إلى ورثته ، وبه قال مالك وأصحابه ، وعنده أنه إن ذكر العقب عادت إذا انقطع العقب إلى المعمر أو إلى ورثته .

والقول الثالث : أنه إذا قال : هي عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكًا للمعمر ، فإذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر أو لورثته ، وبه قال داود وأبو ثور .

وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ، ومعارضة الشرط ، والعمل للأثر : أما الأثر ففي ذلك حديثان :

أحدهما : متفق على صحته[1] ، وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله ﷺ قال : « أَيُّما رَجُلٍ أعْمَرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ فإنَّهَا لِلَّذِي يُعْطاها لا تَرْجِعُ إلى الَّذِي أعْطاها أبَدًا »؛لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث .

والحديث الثاني حديث أبي الزبير عن جابر[2] قال : قال

---

(١) أي : أخرجه البخاري (٥ /٢٣٨ رقم ٢٦٢٥) ، ومسلم (٣ /١٢٤٥ رقم ٢٠ /١٦٢٥) قلت : لكن البخاري لم يروه بهذا اللفظ . بل لفظه : عن جابر ، قال : قضى النبي ﷺ إنها لمن وهبت له ، واللفظ المذكور هنا هو لمسلم ، ومالك (٢ /٧٥٦ رقم ٤٣) ، وأبي داود (٣ /٨١٩ رقم ٣٥٥٣) ، والترمذي (٣ /٦٣٢ رقم ١٣٥٠) ، والنسائي (٦ /٢٧٤ -٢٧٥) .

(٢) أخرجه مسلم (٣ /١٢٤٦ رقم ٢٦ /١٦٢٥) ، والنسائي (٦ /٢٧٤) .

رسول الله ﷺ : « يا مَعْشَرَ الأنْصَارِ أمْسِكوا عَلَيْكُمْ أمْوَالَكُمْ ولا تُعْمِرُوها فَمَنْ أعمَرَ شَيْئًا حَياتَهُ فَهُوَ لَهُ حَيَاتَهُ وَمَمَاتَهُ » ، وقد روي عن جابرٍ بلفظ آخر[1] « لا تُعْمِرُوا ولا تُرْقِبوا فَمَنْ أعمَرَ شَيْئًا أوْ أرْقَبَهُ فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ » فحديث أبي الزبير عن جابر مخالف لشرط المعمر .

وحديث مالك عنه مخالف أيضًا لشرط المعمر إلا أنه يخيل أنه أقل في المخالفة ، وذلك أن ذكر العقب يوهم تبتيت العطية ، فمن غلَّب الحديث على الشرط قال بحديث أبي الزبير عن جابر ، وحديث مالك عن جابر ، ومن غلب الشرط قال بقول مالك ، وأما من قال : إن العمرى تعود إلى المعمر إن لم يذكر العقب ، ولا تعود إن ذكر ، فإنه أخذ بظاهر الحديث .

وأما حديث أبي الزبير عن جابر فمختلف فيه ؛ أعني : رواية أبي الزبير عن جابر ، وأما إذا أتى بلفظ الإسكان فقال : أسكنتك هذه الدار حياتك ، فالجمهور على أن الإسكان عندهم أو الإخدام بخلاف العمرى وإنْ لفظ بالعقب ، فسوى مالك بين التعمير والإسكان . وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير في أنها لا تنصرف إلى المسكن أبدًا على قول الجمهور في العمرى .

والحق أن الإسكان والتعمير معنى المفهوم منهما واحد ، وأنه يجب أن يكون الحكم إذا صرح بالعقب مخالفًا له ، إذا لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب إليه أهل الظاهر .

---

(١) أخرجه أبو داود (٣ /٨٢٠ رقم ٣٥٥٦) ، والنسائي (٦ /٢٧٣) ، والبيهقي (٦ /١٧٥) .
من طريق الشافعي ، عن سفيان بن عيينة ، عن ابن جريج عن عطاء ، عن جابر ، عن النبي ﷺ .

○ القول في الأحكام ○

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة ، وهو الرجوع فيها . فذهب مالك وجمهور علماء المدينة ، أن للأب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستحدث دينًا ، أو بالجملة ما لم يترتب عليه حق الغير ، وأن للأم أيضًا أن تعتصر ما وهبت إن كان الأب حيًّا ، وقد روي عن مالك أنها لا تعتصر ، وقال أحمد وأهل الظاهر : لا يجوز لأحد أن يعتصر ما وهبه ، وقال أبو حنيفة : يجوز لكل أحد أن يعتصر ما وهبه إلا ما وهب لذي رحم محرمة عليه .

وأجمعوا على أن الهبة التي يراد بها الصدقة ؛ أي : وجه الله ، أنه لا يجوز لأحد الرجوع فيها .

وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الآثار ، فمن لم ير الاعتصار أصلًا احتج بعموم الحديث الثابت ، وهو قوله ﷺ : « العائِدُ في هِبتِهِ كالكَلْبِ يَعُودُ في قَيْئِهِ »[1] .

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٢١٦ رقم ٢٥٨٩) ، ومسلم (٣/ ١٢٤١ رقم ٥/ ١٦٢٢) ، وأبو داود (٣/ ٨٠٨ رقم ٣٥٣٨) ، والترمذي (٣/ ٥٩٢ رقم ١٢٩٨) ، والنسائي (٦/ ٢٦٥) ، وابن ماجه (٢/ ٧٩٧ رقم ٢٣٨٧) والطيالسي (١/ ٢٨٠ رقم ١٤١٩ - منحة المعبود) ، وأحمد (١/ ٢١٧) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤/ ٧٧) ، والبيهقي (٦/ ١٨٠) ، والقضاعي في مسند الشهاب (١/ ١٩٢ رقم ٢٨٨) ، وعبد الرزاق في المصنف (٩/ ١٠٩ رقم ١٦٥٣٦) وغيرهم .
من حديث ابن عباس ، بزيادة :« ليس لنا مثل السوء » عند كثير منهم ، بعضهم يذكرها في أوله ، وبعضهم في آخره . =

ومن استثنى الأبوين احتج بحديث طاوس[1] أنه قال ﷺ : « لَا يحِلُّ لِوَاهِبٍ أنْ يَرْجِعَ في هِبَتِهِ إلَّا الوَالِدُ » وقاس الأم على الوَالِدِ ، وقال الشافعي : لو اتصل حديث طاوس لقلت به ، وقال غيره : قد اتصل من طريق حسين المعلم ، وهو ثقة . وأما من أجاز الاعتصار إلا لذوي الرحم المحرمة ، فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة ، فإنه لا يرجع فيها ، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب بها ، فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يُرض منها .

قالوا : وأيضًا فإن الأصل أن من وهب شيئًا عن غير عوض أنه لا يقضي عليه به كما لو وعد ، إلا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة .

وجمهور العلماء على أن من تصدق على ابنه فمات الابن بعد أن حازها ، فإنه يرثها . وفي مرسلات مالك أن رجلًا أنصاريًا من الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل ، فسأل عن ذلك النبي ﷺ فقال : « قدْ أُجِرْتَ في صَدَقَتِكَ وَخُذْها بِمِيرَاثِكَ »[2] ، وخرّج أبو داود[3] عن عبد الله

= وفي الباب : من حديث عمر بن الخطاب ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ، وأبي هريرة ، وجابر ، انظر تخريجها في كتابنا « إرشاد الأمة الى فقه الكتاب والسنة » جزء الهبات .

(١) أخرجه الشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٦٨ رقم ٥٨٤) وعبد الرزاق في المصنف (٩ /١١٠ رقم ١٦٥٤٢) ، والنسائي (٦ /٢٦٨) ، والبيهقي (٦ /١٧٩) وهو صحيح لغيره .
وقد صححه الألباني في صحيح سنن النسائي (٢ /٧٨٨ رقم ٣٤٦٥) .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٢ /٧٦٠ رقم ٥٤) مرسلاً .

(٣) في السنن (٢ /٣٠١ رقم ١٦٥٦) .
قلت : وأخرجه مسلم (٢ /٨٠٥ رقم ١٥٧ /١١٤٩) ، والترمذي (٣ /٥٤ رقم ٦٦٧) ، وابن ماجه (١ /٥٥٩ رقم ١٧٥٩) .

ابن بريدة عن أبيه عن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت : « كنت قد تصدقت على أمي بوليدة ، وإنها ماتت وتركت تلك الوليدة ، فقال ﷺ : وَجَبَ أجْرُكِ وَرَجَعَتْ إلَيْكِ بالمِيرَاثِ » ، وقال أهل الظاهر : لا يجوز الاعتصار لأحد لعموم قوله ﷺ لعمر : « لا تَشْتَرِهِ – في الفَرَسِ الَّذِي تَصَدَّقَ بهِ – فإنَّ العائِدَ في هِبَتِهِ كالكَلْبِ يَعُودُ في قَيْئِهِ » والحديث متفق على صحته[1].

قال القاضي : والرجوع في الهبة ليس من محاسن الأخلاق ، والشارع ﷺ إنما بعث ليتمم محاسن الأخلاق[2]، وهذا القدر كاف في هذا الباب .

---

(١) أخرجه البخاري (٥ /٢٣٥ رقم ٢٦٢٣) ، ومسلم (٣ /١٢٣٩ رقم ١٦٢٠) ، ومالك في الموطأ (١ /٢٨٢ رقم ٤٩) من حديث عمر بن الخطاب .

(٢) أخرج أحمد (٢ /٣٨١) ، وابن سعد في الطبقات (١ /١٩٢) ، والبخاري في الأدب المفرد (رقم ٢٧٣) ، والحاكم (٢ /٦١٣) ، والقضاعي في مسند الشهاب (٢ /١٩٢ رقم ١١٦٥) من حديث أبي هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إنما بُعِثْتُ لأتمم مكارم الأخلاق » .
قال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي .
قلت : ابن عجلان ، إنما أخرج له مسلم مقروناً بغيره ، وقال الألباني في « الصحيحة » (رقم ٤٥) « وهذا إسناد حسن ، ... » .
والخلاصة أن الحديث صحيح .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٥٢ - كتاب الوصايا □

والنظر فيها ينقسم أولًا قسمين :

القسم الأول : النظر في الأركان .

الثاني : في الأحكام . ونحن فإنما نتكلم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة .

○ القول في الأركان ○

والأركان أربعة : الموصي ، والموصى له ، والموصى به ، والوصية .

أما الموصي فاتفقوا على أنه كل مالك صحيح الملك ، ويصح عند مالك وصية السفيه والصبي الذي يعقل القرب ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز وصية الصبي الذي لم يبلغ ، وعن الشافعي القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم إذا لم يوص بمحرم .

وأما الموصى له فإنهم اتفقوا على أن الوصية لا تجوز لوارث ، لقوله ﷺ : « لا وَصيَّةَ لِوَارِثٍ »[1] واختلفوا هل تجوز لغير القرابة ؟ فقال جمهور العلماء :

---

(١) أخرجه أبو داود (٣ /٢٩٠ رقم ٢٨٧٠) ، والترمذي (٤ /٤٣٣ رقم ٢١٢٠) ، وابن ماجه (٢ /٩٠٥ رقم ٢٧١٣) ، وأحمد (٥ /٢٦٧) ، والطيالسي في المسند (صـ١٥٤ رقم ١١٢٧) والدولابي في الكنى (١ /٦٤) ، والبيهقي (٦ /٢٦٤) ، وسعيد بن منصور (١ /١٢٥ رقم ٤٢٧) عن أبي أمامة قال : « سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجة الوداع : إن الله تبارك وتعالى قد أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث .. » الحديث .
وقال الترمذي : حديث حسن صحيح . وقد روي عن أبي أمامة عن النبي ﷺ من غير هذا الوجه .
قلت : أخرجه ابن الجارود (رقم ٩٤٩) ، وأبو داود (٢ /٤٨٩ رقم ١٩٥٥) مختصراً . من طريق الوليد بن مسلم ، ثنا جابر ، وحدثني سُليم بن عامر وغيره ، عن أبي أمامة وغيره رضي الله عنهم ممن شهد خطبة رسول الله ﷺ يومئذٍ ، فكان فيما تكلم به ، فذكره .
وهذا سند صحيح على شرط مسلم . وابن جابر ، اسمه : عبد الرحمن بن يزيد بن جابر الأزدي .
=

إنها تجوز لغير الأقربين مع الكراهية ، وقال الحسن وطاوس : ترد الوصية على القرابة ، وبه قال إسحق ، وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى : « الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ »[1] والألف واللام تقتضي الحصر .

واحتج الجمهور بحديث عمران بن حصين المشهور وهو « أن رجلا أعتق ستة أعبد له في مرضه عند موته، لا مال له غيرهم، فأقرع رسول الله ﷺ بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة »[2] والعبيد غير القرابة : وأجمعوا – كما قلنا – أنها لا تجوز لوارث إذا لم يجزها الورثة . واختلفوا – كما قلنا – إذا أجازتها الورثة ، فقال الجمهور : تجوز ، وقال أهل الظاهر والمزني : لا تجوز .

وسبب الخلاف هل المنع لعلة الورثة أو عبادة ؟ فمن قال عبادة قال : لا تجوز وإن أجازها الورثة ، ومن قال بالمنع لحق الورثة أجازها إذا أجازها الورثة ، وتردد هذا الخلاف راجع إلى تردد المفهوم من قوله ﷺ : « لا وصية لوارث » هل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول ؟

واختلفوا في الوصية للميت ، فقال قوم : تبطل بموت الموصى له ، وهم الجمهور ، وقال قوم : لا تبطل .

وفي الوصية للقاتل خطأ وعمدًا وفي هذا الباب فرع مشهور ، وهو إذا أذن الورثة للميت هل لهم أن يرجعوا في ذلك بعد موته ؟ فقيل : لهم ، وقيل :

= وفي الباب من حديث : عمرو بن خارجة ، وعبد الله بن عباس ، وأنس بن مالك ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ، وجابر ، وعبد الله بن عمر ، وعلي ، ومعقل بن يسار ، وزيد بن أرقم مع البراء بن عازب ، ومجاهد مرسلاً .
انظر تخريجها في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء الوصايا .
وخلاصة القول : أن الحديث صحيح .

(١) البقرة : الآية (١٨٠) .
(٢) تقدم تخريجه في القسمة .

ليس لهم ، وقيل : بالفرق بين أن يكون الورثة في عيال الميت أولا يكونوا ، أعني : أنهم إن كانوا في عياله كان لهم الرجوع ، والثلاثة الأقوال في المذهب .

○ القول في الموصَى به : النظر في جِنْسِهِ وقدره ○

أما جنسه فإنهم اتفقوا على جواز الوصية في الرقاب ، واختلفوا في المنافع فقال جمهور فقهاء الأمصار : ذلك جائز ، وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر : الوصية بالمنافع باطلة .

وعمدة الجمهور أن المنافع في معنى الأموال . وعمدة الطائفة الثانية أن المنافع منتقلة إلى ملك الوارث ؛ لأن الميت لا ملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره ، وإلى هذا القول ذهب أبو عمر بن عبد البر .

وأما القدر فإن العلماء اتفقوا على أنه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة .

واختلفوا فيمن لم يترك ورثة وفي القدر المستحب منها ، هل هو الثلث أو دونه ؟ وإنما صار الجميع إلى أن الوصية لا تجوز في أكثر من الثلث لمن له وارث ، بما ثبت عنه ﷺ : « أنه عاد سعد بن أبي وقاص[1] فقال له : يا رسول الله ؛ قد بلغ مني الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي ، أفأتصدق بثلثي مالي ؟ فقال له رسول الله ﷺ : لا ، فقال له سعد : فالشطر ؟

---

(١) أخرجه البخاري (٣ /١٦٤ رقم ١٢٩٥) ، ومسلم (٣ /١٢٥٠ رقم ٥ /١٦٢٨) ، وأبو داود (٣ /٢٨٤ رقم ٢٨٦٤) ، والترمذي (٤ /٤٣٠ رقم ٢١١٦) ، والنسائي (٦ /٢٤١ -٢٤٢) ، وابن ماجه (٢ /٩٠٣ رقم ٢٧٠٨) ، والدارمي (٢ /٤٠٧) ، وأحمد (١ /١٧٩) ، والطيالسي (١ /٢٨٢ رقم ١٤٣٣ - منحة المعبود) ، ومالك (٢ /٧٦٣ رقم ٤) وغيرهم .
وللحديث عندهم ألفاظ .

قال : لا ، ثم قال رسول الله ﷺ : « الثُّلُثُ ؛ والثُّلُثُ كَثِير ، إنَّكَ أنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أغْنياء خَيْرٌ مِنْ أنْ تَذَرَهُمْ عالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » فصار الناس لمكان هذا الحديث إلى أن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث .

واختلفوا في المستحب من ذلك ، فذهب قوم إلى أنه ما دون الثلث ، لقوله ﷺ في هذا الحديث : « والثلث كثير » وقال بهذا كثير من السلف .

قال قتادة : أوصى أبو بكر بالخمس ، وأوصى عمر بالربع ، والخمس أحب إليّ . وأما من ذهب إلى أن المستحب هو الثلث فإنهم اعتمدوا على ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « إنَّ اللّٰهَ جَعَلَ لَكُمْ في الوَصِيَّةِ ثُلُثَ أمْوَالِكُمْ زِيادَةً في أعمالِكُمْ »[1] .

---

(١) وهو حديث حسن .
روي من حديث أبي هريرة ، وأبي الدرداء ، ومعاذ بن جبل ، وأبي بكر الصديق ، وخالد بن عبيد السلمي .
١ - ● أما حديث أبي هريرة . فقد أخرجه ابن ماجه (٢ /٩٠٤ رقم ٢٧٠٩) ، والبيهقي (٦ /٢٦٩) ، والخطيب في تاريخ بغداد ، والبزار في مسنده - كما في نصب الراية (٤ /٤٠٠) ، وتلخيص الحبير (٣ /٩١ رقم ١٣٦٣) ، وفي سنده « طلحة ابن عمرو » متروك كما في التقريب (١ /٣٧٩ رقم ٣٧) ، وقال البوصيري في « مصباح الزجاجة » (٢ /٩٨ رقم ٩٦٢) : « هذا إسناد ضعيف .. » .
٢ - ● وأما حديث أبي الدرداء . فقد أخرجه أحمد (٦ /٤٤٠ -٤٤١) ، والبزار (٢ /١٣٩ رقم ١٣٨٢ - كشف الأستار) ، والطبراني في الكبير كما في « مجمع الزوائد » (٤ /٢١٢) ، وأبو نعيم في الحلية (٦ /١٠٤) .
وقال الهيثمي : « وفيه أبو بكر بن أبي مريم ، وقد اختلط » .
وقال البزار : « وقد روي هذا الحديث من غير وجه ، وأعلى من رواه أبو الدرداء ، ولا نعلم عن أبي الدرداء طريقاً غيره ، وأبو بكر بن أبي مريم ، وضمرة معروفان ، وقد احتمل حديثهما » .
٣ - ● وأما حديث معاذ بن جبل . فقد أخرجه الدارقطني (٤ /١٥٠ رقم ٣) ، =

وهذا الحديث ضعيف[1] عند أهل الحديث . وثبت عن ابن عباس[2] أنه قال : لو غض الناس في الوصية من الثلث إلى الربع لكان أحب إلي ؛ لأن رسول الله ﷺ قال : « الثلث والثلث كثير » .

وأما اختلافهم في جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له ، فإن مالكًا لا يجيز ذلك والأوزاعي ، واختلف فيه قول أحمد ، وأجاز ذلك أبو حنيفة

= والطبراني في الكبير - كما في « مجمع الزوائد » (٤ /٢١٢) .
وقال : « وفيه عتبة بن حميد الضبي ، وثقه ابن حبان وغيره ، وضعفه أحمد » .
وقال عنه الحافظ في التقريب (٢ /٤ رقم ١٣) : صدوق له أوهام .
٤ - ● وأما حديث أبي بكر الصديق . فقد أخرجه العقيلي في الضعفاء (١ /٢٧٥) ، وابن عدي في الكامل (٢ /٧٩٤) .
وفيه : حفص بن عمر بن ميمون : متروك .
قال العقيلي : « وحفص بن عمر هذا يحدث عن شعبة ، ومسعر ، ومالك بن مغول ، والأئمة بالبواطيل » اهـ .
وقال ابن عدي : « وحفص هذا عامة حديثه غير محفوظ ، وأخاف أن يكون ضعيفاً كما ذكره النسائي » اهـ .
٥ - ● وأما حديث خالد بن عبيد السلمي . فقد أخرجه الطبراني في الكبير كما في « مجمع الزوائد » (٤ /٢١٢) وقال : إسناده حسن وليس كما قال .
وقال المحدث الألباني في الإرواء (٦ /٧٩) بعد ما أورد طرق الحديث : « وخلاصة القول : إن جميع طريق الحديث ضعيف شديد الضعف إلا الطريق الثانية والثالثة والخامسة ، فإن ضعفها يسير ، ولذلك فإني أرى أن الحديث بمجموع هذه الطرق الثلاث يرتقي إلى درجة الحسن ، وسائر الطرق إن لم تزده قوة ، لم تضره ، وقد أشار إلى هذا الحافظ ، فقد قال في « بلوغ المرام » : « رواه الدارقطني يعني عن معاذ ، وأحمد ، والبزار عن أبي الدرداء وابن ماجه عن أبي هريرة وكلها ضعيفة ، لكن يقوي بعضها بعضاً » اهـ .

(١) قلت : بل هو حسن كما تقدم آنفاً .

(٢) أخرجه البخاري (٥ /٣٦٩ رقم ٢٧٤٣) ، ومسلم (٣ /١٢٥٣ رقم ١٠ /١٦٢٩) .

وإسحق ، وهو قول ابن مسعود .

وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعلة التي علله بها الشارع أم ليس بخاص ، وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكففون الناس ؛ كما قال ﷺ : « إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس »[1] فمن جعل هذا السبب خاصًا وجب أن يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ، ومن جعل الحكم عبادة وإن كان قد علل بعلة ، أو جعل جميع المسلمين في هذا المعنى بمنزلة الورثة قال : لا تجوز الوصية بإطلاق بأكثر من الثلث .

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

○ القول في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية ○

والوصية بالجملة هي:هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته، أوعتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به ، وهذا العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق ، أعني : أن للموصي أن يرجع فيما أوصى به ، إلا المدبر فإنهم اختلفوا فيه على ما سيأتي في كتاب التدبير ، وأجمعوا على أنه لا يجب للموصى له إلا بعد موت الموصي .

واختلفوا في قبول الموصى له : هل هو شرط في صحتها أم لا ؟ فقال مالك : قبول الموصى له إياها شرط في صحة الوصية ؛ وروي عن الشافعي أنه ليس القبول شرطًا في صحتها ، ومالك شبهها بالهبة .

○ القول في الأحكام ○

وهذه الأحكام منها لفظية ، ومنها حسابية ، ومنها حكمية . فمن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم في حكم من أوصى بثلث ماله لرجل وعين ما أوصى له به في ماله مما هو الثلث ، فقال الورثة : ذلك الذي عين أكثر من الثلث ، فقال مالك : الورثة مخيرون بين أن يعطوه ذلك الذي عينه الموصي أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت ؛ وخالفه في ذلك أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وأحمد وداود . وعمدتهم أن الوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصي وقبوله إياها باتفاق ، فكيف ينقل عن ملكه ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية . وعمدة مالك إمكان صدق الورثة فيما ادعوه ، وما أحسن ما رأى أبو عمر بن عبد البر في هذه المسألة ، وذلك أنه قال : إذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ما ادعوا ، فإن ثبت ذلك أخذ منه الموصى له قدر الثلث من ذلك الشيء الموصى به وكان شريكًا للورثة ، وإن كان الثلث فأقل جبروا على إخراجه ، وإذا لم يختلفوا في أن ذلك الشيء الموصى به هو فرق الثلث ، فعند مالك أن الورثة مخيرون بين أن يدفعوا إليه ما وصى له به ، أو يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت ، إما في ذلك الشيء بعينه ، وإما في جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك في ذلك ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكًا للورثة في جميع ما ترك الميت حتى يستوفي تمام الثلث . وسبب الخلاف أن الميت لما تعدى في أن جعل وصيته في شيء بعينه ، فهل الأعدل في حق الورثة أن يخيروا بين إمضاء الوصية أو يفرجوا له إلى غاية ما يجوز للميت أن يخرج عنهم من ماله أو يبطل التعدي ويعود ذلك الحق مشتركًا ، وهذا هو الأولى إذا قلنا إن التعدي

هو في التعيين لكونه أكثر من الثلث ، أعني أن الواجب أن يسقط التعيين . وإما أن يكلف الورثة أن يمضوا التعيين أو يتخلوا عن جميع الثلث فهو حمل عليهم . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه زكاة فمات ولم يوص بها وإذا وصى بها فهل هي من الثلث ، أو من رأس المال ؟ فقال مالك : إذا لم يوص بها لم يلزمه الورثة إخراجها ، وقال الشافعي : يلزم الورثة إخراجها من رأس المال ، وإذا وصى بها ؛ فعند مالك يلزم الورثة إخراجَها وهي عنده من الثلث ، وهي عند الشافعي في الوجهين من رأس المال شبهها بالدين لقول رسول الله ﷺ : « فَدَيْنُ الله أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى »[1] وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ، ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية بإخراجها بعد الموت ، ولا خلاف أنه لو أخرجها في الحياة أنها من رأس المال ولو كان في السياق ، وكأن مالكًا اتهمه هنا على الورثة ، أعني : في توصيته بإخراجها ، قال : ولو أجيز هذا لجاز للإنسان أن يؤخر جميع زكاته طول عمره إذا دنا من الموت وصى بها فإذا زاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ما هو أضعف منها ؛ وقال أبو حنيفة : هي وسائر الوصايا سواء ، يريد في المحاصة . واتفق مالك وجميع أصحابه على أن الوصايا التي يضيق عنها الثلث إذا كانت مستوية أنها تتحاصّ في الثلث ، وإذا كان بعضها أهم من بعض قدم الأهم . واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم . ومن مسائلهم الحسابية المشهورة في هذا الباب إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثيه وردّ للورثة الزائد ، فعند مالك والشافعي أنهما يقتسمان الثلث بينهما أخماسًا ؛ وقال أبو حنيفة : بل يقتسمان الثلث بالسوية .

وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في

---

(١) أخرجه البخاري (٤ /١٩٢ رقم ١٩٥٣) ، ومسلم (٢ /٨٠٤ رقم ١٥٥ / ١١٤٨) . من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

القسمة كما يسقط في نفسه بإسقاط الورثة ؟ فمن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة إذ كان مشاعًا قال : يقتسمون المال أخماسًا ؛ ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معينًا قال : يقتسمون الباقي على السواء . ومن مسائلهم اللفظية في هذا الباب إذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به ، فعند مالك أن الوصية تكون فيما علم به دون مالم يعلم ، وعند الشافعي تكون في المالين .

وسبب الخلاف هل اسم المال الذي نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم ، أو ما علم فقط ؟ والمشهور عن مالك أن المدبر يكون في المالين إذا لم يخرج من المال الذي يعلم . وفي هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة إلى هذه الثلاثة الأجناس ، ولا خلاف بينهم أن للرجل أن يوصي بعد موته بأولاده وأن هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكلية التي للإمام أن يوصي بها .



بسم الله الرحمٰـن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا

○ ٥٣ - كتاب الفرائض ○

والنظر في هذا الكتاب ، فيمن يرث ، وفيمن لا يرث . ومن يرث هل يرث دائما ، أو مع وارث دون وارث ، وإذا ورث مع غيره فكم يرث ، وكذلك إذا ورث وحده كم يرث ؟ وإذا ورث مع وارث ، فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث أو لا يختلف ؟.

والتعليم في هذا يمكن على وجوه كثيرة قد سلك أكثرها أهل الفرائض ، والسبيل الحاضرة في ذلك بأن يذكر حكم جنس جنس من أجناس الورثة إذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الأجناس الباقية ، مثال ذلك أن ينظر إلى الولد إذا انفرد كم ميراثه ، ثم ينظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين . فأما الأجناس الوارثة فهي ثلاثة : ذو نسب وأصهار ، وموالٍ . فأما ذوو النسب ، فمنها متفق عليها ، ومنها مختلف فيها ، فأما المتفق عليها فهي الفروع : أعني : الأولاد ، والأصول : أعني : الآباء والأجداد ذكورًا كانوا أو إناثا ، وكذلك الفروع المشاركة للميت في الأصل الأدنى : أعني الإخوة ذكورًا أو إناثًا ، أو المشاركة الأدنى أو الأبعد في أصل واحد وهم الأعمام ، وبنو الأعمام ، وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط ، وهؤلاء إذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة ، أما الرجال : فالابن ، وابن الابن وإن سفل ، والأب ، والجد أبو الأب وإن علا ، والأخ من أي جهة كان : أعني : للأم والأب أو لأحدهما ،

وابن الأخ وإن سفل ، والعم ، وابن العم وإن سفل ، والزوج ، ومولى النعمة . وأما النساء : فالابنة ، وابنة الابن وإن سفلت ، والأم ، والجدة وإن علت ، والأخت ، والزوجة ، والمولاة . وأما المختلف فيهم فهم ذوو الأرحام ، وهم من لا فرض لهم في كتاب الله ولا هم عصبة ، وهم بالجملة : بنو البنات ، وبنات الإخوة ، وبنو الأخوات ، وبنات الأعمام ، والعم أخو الأب للأم فقط ، وبنو الإخوة للأم ، والعمات ، والخالات ، والأخوال . فذهب مالك والشافعي وأكثر فقهاء الأمصار وزيد بن ثابت من الصحابة إلى أنه لا ميراث لهم ، وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة العلماء من سائر الآفاق إلى توريثهم . والذين قالوا بتوريثهم اختلفوا في صفة توريثهم ، فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى توريثهم على ترتيب العصبات ، وذهب سائر من ورثهم إلى التنزيل ، وهو أن ينزل كل من أدلى منهم بذي سهم أو عصبة بمنزلة السبب الذي أدلى به .

وعمدة مالك ومن قال بقوله أن الفرائض لما كانت لا مجال للقياس فيها كان الأصل أن لا يثبت فيها شيء إلا بكتاب أو سنة ثابتة إو إجماع ، وجميع ذلك معدوم في هذه المسألة .

وأما الفرقة الثانية ، فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **وَأُولُوا الأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ** ﴾[1] وقوله تعالى : ﴿ **لِلرِّجالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الوَالِدَانِ والأَقْرَبُونَ** ﴾[2] واسم القرابة ينطلق على ذوي الأرحام ، ويرى المخالف أن هذه مخصوصة بآيات المواريث . وأما السنة فاحتجوا بما خرجه الترمذي[3] عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أبي

---

(١) الأنفال : الآية (٧٥) .

(٢) النساء : الآية (٧) .

(٣) في السنن (٤ /٤٢١ رقم ٢١٠٣) وقال : حديث حسن صحيح .
قلت : وأخرجه أحمد (١ /٢٨) ، وابن ماجه (٢ /٩١٤ رقم ٢٧٣٧) ، وابن =

عبيدة أن رسول الله ﷺ قال : « اللّهُ وَرَسُولُهُ مَوْلى مَنْ لا مَوْلى لَهُ ، والخالُ وَارِثُ مَنْ لا وَارِثَ لَهُ » . وأما من طريق المعنى فإن القدماء من أصحاب أبي حنيفة قالوا : إن ذوي الأرحام أولى من المسلمين ؛ لأنهم قد اجتمع لهم سببان : القرابة والإسلام ، فأشبهوا تقديم الأخ الشقيق على الأخ للأب ، أعني : أن من اجتمع له سببان أولى ممن له سبب واحد . وأما أبو زيد ومتأخرو أصحابه فشبهوا الإرث بالولاية وقالوا : لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد أصحاب الفروض والعصبات لذوي الأرحام وجب أن يكون لهم ولاية الإرث ، وللفريق الأول اعتراضات في هذه المقاييس فيها ضعف .

وإذ قد تقرر هذا فلنشرع في ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين ، ونذكر من ذلك ما يجري مجرى الأصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها .

○ ميراث الصلب ○

وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والدهم ووالدتهم إن كانوا ذكورًا وإناثًا معًا : هو أن للذكر منهم مثل حظ الأنثيين ، وأن الابن الواحد إذا انفرد

= الجارود (رقم ٩٦٤) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /٣٩٧) ، والدارقطني (٤ /٨٤ رقم ٥٣) ، والبيهقي (٦ /٢١٤) ، وابن حبان (صـ٣٠١ رقم ١٢٢٧ – الموارد) من طريق عبد الرحمن بن الحارث ، عن حكيم بن حكيم ، عن أبي أمامة ابن سهل بن حنيف . قال : كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي عُبيدة بن الجراح : أن رسول الله ﷺ قال : « الله ورسولُهُ مولى من لا مولى له ، والخالُ وارثُ من لا وارث له » وهو حديث صحيح .

وفي الباب من حديث المقدام بن معدي كرب ، وعائشة ، وأبي هريرة ، وواسع بن حبان ، وبريدة ، وأبي الدرداء .

انظر تخريجها في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء الفرائض .

فله جميع المال ، وأن البنات إذا انفردن فكانت واحدة أن لها النصف ، وإن كن ثلاثًا فما فوق ذلك فلهن الثلثان . واختلفوا في الاثنتين فذهب الجمهور إلى أن لهما الثلثين ، وروي عن ابن عباس أنه قال : للبنتين النصف .

والسبب في اختلافهم تردد المفهوم في قوله تعالى : ﴿ **فإنْ كُنَّ نِساءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثا ما تَرَكَ** ﴾[1] هل حكم الاثنتين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة ؟ والأظهر من باب دليل الخطاب أنهما لاحقان بحكم الواحدة ؛ وقد قيل : إن المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور ، وقد روي عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل (عن حاتم بن عبد الله)[2] ، وعن جابر : « أن النبي ﷺ أعطى البنتين الثلثين »[3] قال فيما أحسب أبو عمر بن عبد البر وعبد الله بن عقيل : قد قبل جماعة من أهل العلم حديثه وخالفهم آخرون .

وسبب الاتفاق في هذه الجملة قوله تعالى : ﴿ **يُوصِيكُمُ اللّهُ في أوْلادِكُمْ**

---

(١) النساء : الآية (١١) .

(٢) قلت : وقع في الأصل « عن حاتم بن عبد الله » وعن جابر ، ولا ذكر له في الحديث . وإنما هو « عبد الله بن محمد بن عقيل ، عن جابر » .

(٣) أخرجه أبو داود (٣ /٣١٦ رقم ٢٨٩٢) ، والترمذي (٤ /٤١٤ رقم ٢٠٩٢) ، وابن ماجه (٢ /٩٠٨ رقم ٢٧٢٠) ، والحاكم (٤ /٣٣٣ -٣٣٤) ، والبيهقي (٦ /٢١٦) ، وأحمد (٣ /٣٥٢) وغيرهم .

عن جابر بن عبد الله ، قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع بابنتيها من سعد إلى رسول الله ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، هاتان ابنتا سعد بن الرَّبيعِ قُتِلَ أبوهُمَا معك يومَ أُحُدٍ شهيداً وإنَّ عمهما أخذ مالهما فلم يدعْ لهما مالاً ولا تُنكحان إلا ولهما مالٌ ، قال : يقضي الله في ذلك ، فنزلت آية الميراث ، فبعث رسولُ الله ﷺ إلى عمهما ، فقال : أعْطِ ابنتي سعدٍ الثلثين ، وأعطِ أمهما الثمن وما بقي فهو لك » .

قال الترمذي : هذا حديث صحيح .

وقال الحاكم (صحيح الإسناد) . وقال الذهبي : « صحيح » وحسن الألباني الحديث في صحيح أبي داود .

للذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ – إلى قوله – وإنْ كانَتْ وَاحِدَةً فَلَها النِّصْفُ ﴾[1]
وأجمعوا من هذا الباب على أن بني البنين يقومون مقام البنين عند فقد البنين ، يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون ، إلا شيء روي عن مجاهد أنه قال : ولد الابن لا يحجبون الزوج من النصف إلى الربع كما يحجب الولد نفسه ، ولا الزوجة من الربع إلى الثمن ، ولا الأم من الثلث إلى السدس .

وأجمعوا على أنه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب إذا استكمل بنات المتوفى الثلثين . واختلفوا إذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن في مرتبتهن أو أبعد منهن ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : إنه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين ، وبه قال علي رضي الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة .

وذهب أبو ثور وداود أنه إذا استكمل البنات الثلثين أن الباقي لابن الابن دون بنات الابن كنَّ في مرتبة واحدة مع الذكر أو فوقه أو دونه . وكان ابن مسعود يقول في هذه : ﴿ **للذكر مثل حظ الانثيين** ﴾[2] إلا أن يكون الحاصل : النساء أكثر من السدس ، فلا تعطى إلا السدس .

وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى : ﴿ **يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين** ﴾[2] وأن ولد الولد ولد من طريق المعنى ، وأيضا لما كان ابن الابن يعصب من في درجته في جملة المال ، فواجب أن يعصب في الفاضل من المال . وعمدة داود وأبي ثور حديث ابن عباس[3] أن النبي ﷺ قال :

---

(١) النساء : الآية (١١) .

(٢) النساء : الآية (١١) .

(٣) أخرجه البخاري (١٢ /٢٧ رقم ٦٧٤٦) ، ومسلم (٣ /١٢٣٣ رقم ٢ ،٣ / ١٦١٥) ، وأحمد (١ /٣١٣) ، والدارمي (٢ /٣٦٨) ، وأبو داود (٣ /٣١٩ رقم ٢٨٩٨) ، وابن ماجه (٢ /٩١٥ رقم ٢٧٤٠) ، والبيهقي (٦ /٢٣٨) وغيرهم .

« اقْسِمُوا المَالَ بَيْنَ أَهْلِ الفَرائِضِ عَلى كِتابِ اللّٰهِ عَزَّ وجَلَّ ، فَمَا أَبْقَتِ الفَرائِضُ فَلِأَوْلى رجلٍ ذكَرٍ » ومن طريق المعنى أيضًا أن بنت الابن لما لم ترث مفردة من الفاضل عن الثلثين كان أحرى أن لا ترث مع غيرها .

وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر في الترجيح . وأما قول ابن مسعود فمبنيّ على أصله في أن بنات الابن لما كُنَّ لا يرثن مع عدم الابن أكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير أكثر مما وجب لهن مع الانفراد ، وهي حجة قريبة من حجة داود ، والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبهن كان في درجتهن أو أطرف منهن . وشذ بعض المتأخرين فقال : لا يعصبهن إلا إذا كان في مرتبتهن .

وجمهور العلماء على أنه إذا ترك المتوفى بنتًا لصلب وبنت ابن أو بنات ابن ليس معهن ذكر أن لبنات الابن السدس تكملة الثلثين ، وخالفت الشيعة في ذلك فقالت : لا ترث بنت الابن مع البنت شيئًا كالحال في ابن الابن مع الابن .

فالاختلاف في بنات الابن في موضعين : مع بني الابن ، ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف . فالمتحصل فيهنّ إذا كن مع بني الابن أنه قيل : يرثن ، وقيل : لا يرثن ، وإذا قيل : يرثن فقيل : يرثن تعصيبًا مطلقًا ، وقيل : يرثن تعصيبًا إلا أن يكون أكثر من السدس ، وإذا قيل : يرثن فقيل أيضًا : إذا كان ابن الابن في درجتهن ، وقيل : كيفما كان ، والمتحصل في وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف إلى تكملة الثلثين قيل : يرثن ، وقيل : لا يرثن .

○ ميراث الزوجات ○

وأجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته إذا لم تترك ولدًا ولا ولد ابن النصف ذكرًا كان الولد أو أنثى ، إلا ما ذكرنا عن مجاهد ، وأنها إن تركت ولدًا فله الربع ، وأن ميراث المرأة من زوجها إذا لم يترك الزوج ولدًا ولا ولد

ابن الربع ، فإن ترك ولدًا أو ولد ابن فالثمن ، وأنه ليس يحجبهن أحد عن الميراث ولا ينقصهن إلا الولد ، وهذا لورود النص في قوله تعالى : ﴿ **وَلَكُمْ نِصْفُ ما تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إنْ لَمْ يَكُنْ لهُنَّ وَلَدٌ** ﴾[1] الآية .

○ ميراث الأب والأم ○

وأجمع العلماء على أن الأب إذا انفرد كان له جميع المال ، وأنه إذا انفرد الأبوان كان للأم الثلث وللأب الباقي لقوله تعالى : ﴿ **وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ** ﴾[2].

وأجمعوا على أن فرض الأبوين من ميراث ابنهما إذا كان للابن ولد أو ولد ابن السدسان ؛ أعني : أن لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى : ﴿ **ولأبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُما السُّدُس مما تَرَكَ إنْ كانَ لَهُ وَلَدٌ** ﴾[3] والجمهور على أن الولد هو الذكر دون الأنثى ، وخالفهم في ذلك من شذ .

وأجمعوا على أن الأب لا ينقص مع ذوي الفرائض من السدس وله ما زاد .

وأجمعوا من هذا الباب على أن الأم يحجبها الإخوة من الثلث إلى السدس لقوله تعالى : ﴿ **فإنْ كانَ لَهُ إخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُس** ﴾[4] . واختلفوا في أقل ما يحجب الأم من الثلث إلى السدس من الإخوة ، فذهب علي رضي الله عنه وابن مسعود إلى أن الإخوة الحاجبين هما اثنان فصاعدًا ، وبه قال مالك وذهب ابن عباس إلى أنهم ثلاثة فصاعدًا ، وأن الاثنين لا يحجبان الأم من الثلث إلى السدس .

والخلاف آيل إلى أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ، فمن قال أقل ما ينطلق

---

(١) النساء : الآية (١٢) .

(٢،٣،٤) النساء : الآية (١١) .

عليه اسم الجمع ثلاثة قال : الإخوة الحاجبون ثلاثة فما فوق ، ومن قال : أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان قال : الإخوة الحاجبون هما اثنان ؛ أعني : في قوله تعالى : ﴿ **فإن كان له إخوة** ﴾[1] ولا خلاف أن الذكر والأنثى يدخلان تحت اسم الإخوة في الآية وذلك عند الجمهور . وقال بعض المتأخرين لا أنقل الأم من الثلث إلى السدس بالأخوات المنفردات ؛ لأنه زعم أنه ليس ينطلق عليهن اسم الإخوة إلا أن يكون معهنَّ أخ لموضع تغليب المذكر على المؤنث ، إذ اسم الإخوة هو جمع أخ ، والأخ مذكر .

واختلفوا من هذا الباب فيمن يرث السدس الذي تحجب عنه الأم بالإخوة ، وذلك إذا ترك المتوفى أبوين وإخوة ، فقال الجمهور : ذلك السدس للأب مع الأربعة الأسداس . وروي عن ابن عباس أن ذلك السدس للإخوة الذين حجبوا ، وللأب الثلثان ؛ لأنه ليس في الأصول من يحجب ولا يأخذ ما حجب إلا الإخوة مع الآباء ، وضعف قوم الإسناد بذلك عن ابن عباس ، وقول ابن عباس هو القياس .

واختلفوا من هذا الباب في التي تعرف بالغراوين ، وهي فيمن ترك زوجة وأبوين ، أو زوجا وأبوين ، فقال الجمهور : في الأولى للزوجة الربع ، وللأم ثلث ما بقي ، وهو الربع من رأس المال ، وللأب ما بقي وهو النصف ، وقالوا في الثانية : للزوج النصف وللأم ثلث ما بقي وهو السدس من رأس المال ، وللأب ما بقي وهو السدسان ، وهو قول ؛ زيد والمشهور من قول علي رضي الله عنه . وقال ابن عباس في الأولى : للزوجة الربع من رأس المال ، وللأم الثلث منه أيضًا ؛ لأنها ذات فرض ، وللأب ما بقي ؛ لأنه عاصب ، وقال أيضا في الثانية : للزوج النصف ، وللأم الثلث ؛ لأنها ذات فرض مسمى ، وللأب ما بقي ، وبه قال

---

(١) النساء : الآية (١١) .

شريح القاضي وداود وابن سيرين وجماعة .

وعمدة الجمهور أن الأب والأم لما كانا إذا انفردا بالمال كان للأم الثلث وللأب الباقي ، وجب أن يكون الحال كذلك فيما بقي من المال ، كأنهم رأوا أن يكون ميراث الأم أكثر من ميراث الأب خروجًا عن الأصول .

وعمدة الفريق الآخر أن الأم ذات فرض مسمى والأب عاصب ، والعاصب ليس له فرض محدود مع ذي الفروض ، بل يقل ويكثر ، وما عليه الجمهور من طريق التعليل أظهر ، وما عليه الفريق الثاني مع عدم التعليل أظهر ؛ وأعني : بالتعليل هٰـهنا : أن يكون أحق سببي الإنسان أولى بالإيثار ؛ أعني : الأب من الأم .

○ ميراث الإخوة للأم ○

وأجمع العلماء على أن الإخوة للأم إذا انفرد الواحد منهم أن له السدس ذكرًا كان أو أنثى ، وأنهم إن كانوا أكثر من واحد فهم شركاء في الثلث على السوية ، للذكر منهم مثل حظ الأنثى سواء . وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة : وهم الأب والجد أبو الأب وإن علا ، والبنون ذكرانهم وإناثهم ، وبنو البنين وإن سفلوا ذكرانهم وإناثهم ، وهذا كله لقوله تعالى : ﴿ **وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت** ﴾[1] الآية ، وذلك أن الإجماع انعقد على أن المقصود بهذه الآية هم الإخوة للأم فقط ، وقد قرىء « وله أخ أو أخت من أمه » وكذلك أجمعوا فيما أحسب هٰـهنا على أن الكلالة هي فقد الأصناف الأربعة التي ذكرنا من النسب ؛ أعني : الآباء والأجداد والبنين وبني البنين .

---

(١) النساء : الآية (١٢) .

○ ميراث الإخوة للأب والأم أو للأب ○

وأجمع العلماء على أن الإخوة للأب والأم أو للأب فقط يرثون في الكلالة أيضا . أما الأخت إذا انفردت فإن لها النصف وإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان ، كالحال في البنات ، وأنهم إن كانوا ذكورًا وإناثًا فللذكر مثل حظ الأنثيين كحال البنين مع البنات ، وهذا لقوله تعالى : ﴿ **يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللّٰهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ** ﴾[1] إلا أنهم اختلفوا في معنى الكلالة هـٰهنا في أشياء واتفقوا منها في أشياء يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى .

فمن ذلك أنهم أجمعوا من هذا الباب على أن الإخوة للأب والأم ذكرانًا كانوا أو إناثًا أنهم لا يرثون مع الولد الذكر شيئًا ، ولا مع ولد الولد ولا مع الأب شيئًا .

واختلفوا فيما سوى ذلك ، فمنها أنهم اختلفوا في ميراث الإخوة للأب والأم مع البنت أو البنات ، فذهب الجمهور إلى أنهن عصبة يعطون ما فضل عن البنات ، وذهب داود بن علي الظاهري وطائفة إلى أن الأخت لا ترث مع البنت شيئًا .

وعمدة الجمهور في هذا الحديث ابن مسعود[2] عن النبي ﷺ أنه قال في ابنة وابنة ابن وأخت : « إنَّ لِلْبِنْتِ النِّصْفَ ولابْنَةِ الابنِ السُّدُس تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ

---

(١) النساء : الآية (١٧٦) .

(٢) أخرج البخاري (١٢ /١٧ رقم ٦٧٣٦) ، وأبو داود (٣ /٣١٢ رقم ٢٨٩٠) ، والترمذي (٤ /٤١٥ رقم ٢٠٩٣) ، وابن ماجه (٢ /٩٠٩ رقم ٢٧٢١) ، وأحمد (١ /٣٨٩) ، والبيهقي (٦ /٢٣٠) من حديث هزيل بن شرحبيل ، قال : سُئِلَ أبو موسى عن ابنةٍ وابنةِ ابن وأختٍ ، فقال : للابنةِ النصف ، وللأختِ النصف وائتِ ابن مسعود فسيتابعني ، فسئل ابن مسعود وأخبر بقول أبي موسى فقال : لقد ضللتُ إذا وما أنا من المهتدين ، أقضي فيها بما قضى النبي ﷺ : للابنة النصف ،=

وَما بَقِي فَلِلأُخْتِ » ، وأيضًا من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الإخوة مع البنات ، فكذلك الأخوات .

وعمدة الفريق الآخر ظاهر قوله تعالى : ﴿ **إِنْ امرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ** ﴾[1] فلم يجعل للأخت شيئًا إلا مع عدم الولد ، والجمهور حملوا اسم الولد هٰـهنا على الذكور دون الإناثِ .

وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الإخوة للأب والأم يحجبون الإخوة للأب عن الميراث قياسًا على بني الأبناء مع بني الصلب .

قال أبو عمر : وقد روي ذلك في حديث حسن من رواية الآحاد العدول ؛ عن علي[2] رضي الله عنه قال : « قضى رسول الله ﷺ أن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات » ، وأجمع العلماء على أن الأخوات للأب والأم إذا استكملن الثلثين فإنه ليس للأخوات للأب معهن شيء كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب ، وأنه إن كانت الأخت للأب والأم واحدة فللأخوات للأب ما كن بقية الثلثين وهو السدس .

واختلفوا إذا كان مع الأخوات للأب ذكر ، فقال الجمهور : يعصبهن

= ولابنةِ الابن السدس تكملة الثلثين ، وما بقي فللأخت ؛ فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود ، فقال : لا تسألوني ما دام هذا الحبرُ فيكم » لفظ البخاري .

(١) النساء : الآية (١٧٦) .

(٢) أخرجه الترمذي (٤ /٤١٦ رقم ٢٠٩٤) ، وابن ماجه (٢ /٩١٥ رقم ٢٧٣٩) ، والحاكم (٤ /٣٣٦) ، والدارقطني (٤ /٨٦ رقم ٦٤) ، وأحمد (١ /١٣١) ، والطيالسي (١ /٢٨٤ رقم ١٤٤١ – منحة المعبود) ، والبيهقي (٦ /٢٦٧) ، وابن الجارود (رقم ٩٥٠) ، وقد حسنه الألباني في الإرواء (رقم ١٦٦٧) .

- بني العلات : الإخوة لأب .
- الأخياف : الإخوة للأم .

ويقتسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين ، كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب ، واشترط مالك أن يكون في درجتهن ، وقال ابن مسعود : إذا استكمل الأخوات الشقائق الثلثين فالباقي للذكور من الإخوة للأب دون الإناث ، وبه قال أبو ثور ، وخالفه داود في هذه المسألة ، مع موافقته له في مسألة بنات الصلب وبني البنين ، فإن لم يستكملن الثلثين ، فللذكر عنده من بني الأب مثل حظ الأنثيين ، إلا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس كالحال في بنت الصلب مع بني الابن . وأدلة الفريقين في هذه المسألة هي تلك الأدلة بأعيانها .

وأجمعوا على أن الإخوة للأب يقومون مقام الإخوة للأب والأم عند فقدهم ، كالحال في بني البنين مع البنين ، وأنه إذا كان معهن ذكر عصبهن ، بأن يبدأ بمن له فرض مسمى ، ثم يرثون الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين كالحال في البنين إلا في موضع واحد وهي الفريضة التي تعرف بالمشركة ، فإن العلماء اختلفوا فيها ، وهي امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها وإخوتها لأمها وإخوتها لأبيها وأمها ، فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف وللأم السدس وللإخوة للأم الثلث ، فيستغرقون المال فيبقى الإخوة للأب والأم بلا شيء ، فكانوا يشركون الإخوة للأب والأم في الثلث مع الإخوة للأم يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين . وبالتشريك قال من فقهاء الأمصار : مالك والشافعي والثوري . وكان عليٌّ رضي الله عنه ، وأبي بن كعب ، وأبو موسى الأشعري لا يشركون إخوة الأب والأم في الثلث مع إخوة الأم في هذه الفريضة ، ولا يوجبون لهم شيئًا فيها ، وقال به من فقهاء الأمصار : أبوحنيفة وابن أبي ليلى وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة . وحجة الفريق الأول أن الإخوة للأب والأم يشاركون الإخوة للأم في السبب الذي به يستوجبون الإرث وهي الأم ؛ فوجب أن لا ينفردوا به دونهم ؛ لأنه إذا اشتركوا في السبب الذي به يورثون ؛ وجب أن يشتركوا في الميراث . وحجة الفريق الثاني : إن الإخوة الشقائق عصبة ، فلا

شيء لهم إذا أحاطت فرائض ذوي السهام بالميراث .

وعمدتهم باتفاق الجميع على أن من ترك زوجًا وأُمًّا وأخًا واحدًا لأم وإخوة شقائق عشرة أو أكثر ، أن الأخ للأم يستحق هٰـهنا السدس كاملًا ، والسدس الباقي بين الباقين مع أنهم مشاركون له في الأم فسبب الاختلاف في أكثر مسائل الفرائض هو تعارض المقاييس ، واشتراك الألفاظ فيما فيه نص .

○ ميراث الجد ○

وأجمع العلماء على أن الأب يحجب الجد ، وأنه يقوم مقام الأب عند عدم الأب مع البنين ، وأنه عاصب مع ذوي الفرائض . واختلفوا هل يقوم مقام الأب في حجب الإخوة الشقائق ، أو حجب الإخوة للأب ؟ فذهب ابن عباس وأبو بكر رضي الله عنهما وجماعة إلى أنه يحجبهم ، وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور والمزني وابن سريج من أصحاب الشافعي وداود وجماعة . واتفق علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث الإخوة مع الجد ، إلا أنهم اختلفوا في كيفية ذلك على ما أقوله بعد .

وعمدة من جعل الجد بمنزلة الأب اتفاقهما في المعنى ، أعني : من قبل أن كليهما أب للميت ، ومن اتفاقهما في كثير من الأحكام التي أجمعوا على اتفاقهما فيها ، حتى إنه قد روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : أما يتقي الله زيد ابن ثابت يجعل ابن الابن ابنًا ، ولا يجعل أب الأب أبًا . وقد أجمعوا على أنه مثله في أحكام أخر سوى الفروض ، منها أن شهادته لحفيده كشهادة الأب وأن الجد يعتق على حفيده كما يعتق الأب على الابن ، وأنه لا يقتص له من جد كما لا يقتص له من أب . وعمدة من ورث الأخ مع الجد أن الأخ أقرب إلى الميت من الجد ؛ لأن الجد أبو أبي الميت ، والأخ ابن أبي الميت ، والابن أقرب

من الأب . وأيضًا فما أجمعوا عليه من أن ابن الأخ يقدم على العم ، وهو يدلي بالأب ، والعم يدلي بالجد .

فسبب الخلاف تعارض القياس في هذا الباب . فإن قيل : فأي القياسين أرجح بحسب النظر الشرعي ؟ قلنا : قياس من ساوى بين الأب والجد ، فإن الجد أب في المرتبة الثانية أو الثالثة ، كما أن ابن الابن ابن في المرتبة الثانية أو الثالثة ، وإذا لم يحجب الابن الجد ، وهو يحجب الإخوة ؛ فالجد يجب أن يحجب من يحجب الابن ، والأخ ليس بأصل للميت ولا فرع ، وإنما هو مشارك له في الأصل ، والأصل أحق بالشيء من المشارك له في الأصل ، والجد ليس هو أصلًا للميت من قبل الأب ، بل هو أصل أصله ، والأخ يرث من قبل أنه فرع لأصل الميت ، فالذي هو أصل لأصله أولى من الذي هو فرع لأصله ، ولذلك لا معنى لقول من قال إن الأخ يدلي بالبنوة ، والجد يدلي بالأبوة ، فإن الأخ ليس ابنًا للميت ، وإنما هو ابن أبيه ، والجد أبو الميت ، والبنوة إنما هي أقوى في الميراث من الأبوة في الشخص الواحد بعينه أعني : الموروث . وأما البنوة التي تكون لأب موروث فليس يلزم أن تكون في حق الموروث أقوى من الأبوة التي تكون لأب الموروث ، لأن الأبوة التي لأب الموروث ؛ هي أبوة ما للموروث ، أعني : بعيدة ، وليس البنوة التي لأب الموروث بنوة ما للموروث لا قريبة ولا بعيدة ، فمن قال : الأخ أحق من الجد ؛ لأن الأخ يدلي بالشيء الذي من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الأب والجد يدلي بالأبوة هو قول غالط مخيل ؛ لأن الجد أب مًّا ، وليس الأخ ابنًا ما . وبالجملة الأخ لاحق من لواحق الميت ، وكأنه أمر عارض والجد سبب من أسبابه ، والسبب أملك للشيء من لاحقه . واختلف الذين ورثوا الجد مع الإخوة في كيفية ذلك . فتحصيل مذهب زيد في ذلك أنه لا يخلو أن يكون معه سوى الإخوة ذو فرض مسمى ، أو لا يكون ، فإن لم يكن معه ذو فرض مسمى ؛ أعطى الأفضل له من اثنين ، إما ثلث المال ، وإما أن يكون

كواحد من الإخوة الذكور ، وسواء كان الإخوة ذكرانًا أو إناثًا أو الأمرين جميعًا ، فهو مع الأخ الواحد يقاسمه المال ، وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والأربعة يأخذ الثلث ، وهو مع الأخت الواحدة إلى الأربع يقاسمهن للذكر مثل حظ الأنثيين ، ومع الخمس أخوات له الثلث ؛ لأنه أفضل له من المقاسمة ، فهذه هي حاله مع الإخوة فقط دون غيرهم ، وأما إن كان معهم ذو فرض مسمى ، فإنه يبدأ بأهل الفروض فيأخذون فروضهم ، فما بقي أعطى الأفضل له من ثلاث : إما ثلث ما بقي بعد حظوظ ذوي الفرائض ، وإما أن يكون بمنزلة ذكر من الإخوة ، وإما أن يعطى السدس من رأس المال لا ينقص منه ، ثم ما بقي يكون للإخوة للذكر مثل حظ الأنثيين في الأكدرية[1] على ما سنذكر مذهبه فيها

---

(١) المسألة الأكدريّة : وهي مسألة وقعت مع امرأة من بني أكْدَر ، فسميت بالأكدرِيّة .
وقيل : إنها كدَّرت على « زيد بن ثابت » مذهبه ؛ فشذت عن القاعدة ، فسميت بالأكدرية ، وقيل غير ذلك .
وتوضيح المسألة أن امرأة ماتت وخلّفت : زوجاً ، وأماً ، وجداً ، وأختاً شقيقة .
فمقتضى ما تقدم من مذهب « زيد » رضي الله عنه ، أن تسقط الأخت الشقيقة ؛ لأن الزوج يأخذ النصف ، والأم تأخذ الثلث ، وبقي من التركة (السدس) وهو فرض الجدّ ، ولا يمكن أن تشاركه فيه الأخت ؛ لأنه لا يصح أن ينقص عن فرضه المقرر له في مثل هذه الحالة ، فكان المفروض أن تحجب الشقيقة من الإرث ، ولا يكون لها نصيب من التركة ، حسب القاعدة المتقدمة ، كما هو مذهب (أبي حنيفة) والإمام (أحمد بن حنبل) رحمهما الله تعالى .
لكن زيد بن ثابت رضي الله عنه خالف القاعدة ، ففرض للشقيقة النصف ، وأعال المسألة من ستة إلى تسعة ، ثم ضمّ سهام الأخت إلى الجد ، وقسم السهام بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، وبطريق التصحيح أصبحت المسألة من (٢٧) ، للزوج منها (٩) تسعة سهام ، وللأم (٦) ستة سهام ، وللجد (٨) ثمانية سهام ، وللأخت الشقيقة (٤) أربعة سهام وبهذا أخذ الإمامان الشافعي والمالكي رحمهما الله .
انظر الشكل رقم (١) : حسب القاعدة الأساسية .
والشـــكل رقم (٢) : حسب المسألة الأكدرية . =

= الزوج ، الأم ، الجدّ ، الأخت الشقيقة .

٣ / ٦	٢ / ٦	١ / ٦	...

		٦
١ /٢	زوج	٣
١ / ٢	أم	٢
١ / ٦	جد	١
محجوبة	أخت شقيقة	٠

شكل رقم (١)

المسألة أصلها من ستة ، وعالت إلى تسعة ، ومجموع سهام الجد والشقيقة هو (٤) للجدّ حصتان ، وللشقيقة حصة واحدة ، نضرب الثلاثة في تسعة فتصبح (٢٧) سبعاً وعشرين وهو تصحيح المسألة .

ملاحظة :

يشترط ألا يبدل أحد من هؤلاء الورثة ، فإذا أبدل أحدهم ؛ خرجت عن حكم المسألة الأكدرية . والله تعالى أعلم .

	٣	
٦	٩	٢٧
زوج	٣	٩
أم	٢	٦
جد	١	٨
أخت ش	٣	٤

شكل رقم (٢)

للزوج النصف فرضاً لعدم الفرع الوارث .

للأم الثلث لعدم الفرع ، وعدم التعدد .

للجد السدس .

للأخت الشقيقة النصف .

ثم تضم سهام الجد والشقيقة ، وتقسم بينهما للذكر ضعف الأنثى .

[المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة . للشيخ محمد علي الصابوني=

مع سائر مذاهب العلماء . وأما علي رضي الله عنه فكان يعطي الجد الأحظى له من السدس أو المقاسمة ، وسواء كان مع الجد والإخوة غيرهم من ذوي الفرائض أو لم يكن ، وإنما لم ينقصه من السدس شيئًا ؛ لأنهم لما أجمعوا أن الأبناء لا ينقصونه منه شيئًا ؛ كان أحرى أن لا ينقصه الإخوة .

وعمدة قول زيد أنه لما كان يحجب الإخوة للأم فلم يحجب عما يجب لهم وهو الثلث ، وبقول زيد قال مالك والشافعي والثوري وجماعة ، وبقول علي رضي الله عنه قال أبو حنيفة .

وأما الفريضة التي تعرف بالأكدرية وهي امرأة توفيت ، وتركت زوجًا وأمًّا وأختا شقيقة وجدًّا ، فإن العلماء اختلفوا فيها ، فكان عمر رضي الله عنه وابن مسعود يعطيان للزوج النصف ، وللأم السدس وللأخت النصف ، وللجد السدس ، وذلك على جهة العول . وكان علي بن أبي طالب رضي الله عنه وزيد يقولان : للزوج النصف وللأم الثلث ، وللأخت النصف ، وللجد السدس فريضة ، إلا أن زيدًا يجمع سهم الأخت والجد ، فيقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد ، وضعف الجميع التشريك الذي قال به زيد في هذه الفريضة ، وبقول زيد قال مالك ، وقيل : إنما سميت الأكدرية لتكدر قول زيد فيها ، وهذا كله على مذهب من يرى العول وبالعول[1] قال جمهور الصحابة وفقهاء الأمصار ، إلا ابن عباس ،

= صـ ١٠٤ - ١٠٦] .

(١) العول اصطلاحاً : هو زيادة في مجموع السهام المفروضة ، ونقص في أنصباء الورثة ، وذلك عند تزاحم الفروض وكثرتها بحيث تستغرق جميع التركة ، ويبقى بعض أصحاب الفروض بدون نصيب من الميراث ، فنضطر عند ذلك إلى زيادة أصل المسألة ، حتى تستوعب التركة جميع أصحاب الفروض ، وبذلك يدخل النقص إلى كل واحدٍ من الورثة ، ولكن بدون أن يُحرم أحد من الميراث .. وأول حادثة فيها عول وقعت في عهد عمر ، واستشار الصحابة فأشار عليه « زيد بن ثابت » رضي الله =

فإنه روي عنه أنه قال : أعال الفرائض عمر بن الخطاب ، وايم الله لو قدم من قدم الله وأخر من أخر الله ؛ ما عالت فريضة ، قيل له : وأيها قدم الله ، وأيها أخر الله ؟ قال : كل فريضة لم يهبطها الله عز وجل عن موجبها إلا إلى فريضة أخرى ، فهي ما قدم الله ، وكل فريضة إذا زالت عن فرضها لم يكن لها إلا ما بقي فتلك التي أخر الله ، فالأول مثل الزوجة والأم ، والمتأخر مثل الأخوات والبنات ، قال : فإذا اجتمع الصنفان بدىء من قدم الله ، فإن بقي شيء فلمن أخر الله ، وإلا فلا شيء له ، قيل له : فهلا قلت هذا القول لعمر : قال : هبته . وذهب زيد إلى أنه إذا كان مع الجد والإخوة الشقائق إخوة لأب ؛ أن الإخوة الشقائق يعادون الجد بالإخوة للأب ، فيمنعونه بهم كثرة الميراث ، ولا يرثون مع الإخوة الشقائق شيئًا ، إلا أن يكون الشقائق أختًا واحدة ، فإنها تعادي الجد بأخوتها للأب ما بينهما[1] وبين أن تستكمل فريضتها وهي النصف ، وإن كان فيما يحاز لها ولإخوتها لأبيها فضل عن نصف رأس المال كله ، فهو لإخوَّتها لأبيها للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن لم يفضل شيء على النصف فلا ميراث لهم ، فأما علي رضي الله عنه فكان لا يلتفت هنا للإخوة للأب للإجماع ، على أن الإخوة الشقائق يحجبونهم ؛ ولأن هذا الفعل أيضا مخالف الأصول ، أعني : أن يحتسب بمن لا يرث ، واختلف الصحابة رضي الله عنهم من هذا الباب في الفريضة التي تدعى الخرقاء ، وهي أم وأخت وجد على خمسة

= عنه بالعول . فقال عمر : أعيلوا الفرائض ، وأقر صنيعه الصحابة الكرام ، فأصبح ذلك إجماعاً على حكم العول ، وأصول المسائل سبعة ، ثلاثة منها تعول ، وأربعة لا تعول .
أما الثلاثة التي يدخل إليها العول فهي : « الست » و « الاثنا عشرة » و « الأربع والعشرون » . وأما الأربعة التي لا تعول فهي : « الاثنان » و « الثلاث » و « الأربع » و « الثماني » .
انظر المرجع السابق صـ١٠٩ - ١١٦ .

(١) هكذا هذه العبارة بالأصول ، ولينظر ما معناها . اهـ مصححه .

أقوال . فذهب أبو بكر رضي الله عنه وابن عباس إلى أن للأم الثلث والباقي للجد وحجبوا به الأخت ، وهذا على رأيهم في إقامة الجد مقام الأب . وذهب علي رضي الله عنه إلى أن للأم الثلث وللأخت النصف وما بقي للجد . وذهب عثمان إلى أن للأم الثلث وللأخت الثلث وللجد الثلث ، وذهب ابن مسعود إلى أن للأخت النصف وللجد الثلث وللأم السدس ، وكان يقول : معاذ الله أن أفضل أمًّا على جد . وذهب زيد إلى أن للأم الثلث وما بقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين .

○ ميراث الجدات ○

وأجمعوا على أن للجدة أم الأم السدس مع عدم الأم ، وأن للجدة أيضًا أم الأب عند فقد الأب السدس ، فإن اجتمعا ؛ كان السدس بينهما . واختلفوا فيما سوى ذلك ، فذهب زيد وأهل المدينة إلى أن الجدة أم الأم يفرض لها السدس فريضة ، فإذا اجتمعت الجدتان ؛ كان السدس بينهما إذا كان قعددهما سواء ، أو كانت أم الأب أقعد ، فإن كانت أم الأم أقعد ، أي : أقرب إلى الميت ؛ كان لها السدس ، ولم يكن للجدة أم الأب شيء ، وقد روي عنه أيهما أقعد ؛ كان لها السدس ، وبه قال علي رضي الله عنه ، ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة والثوري وأبو ثور ، وهؤلاء ليس يورثون إلا هاتين الجدتين المجتمع على توريثهما ، وكان الأوزاعي وأحمد يورثان ثلاث جدات ، واحدة من قبل الأم واثنتان من قبل الأب أم الأب وأم أبي الأب ، أعني : الجد ، وكان ابن مسعود يورّث أربع جدات : أم الأم وأم الأب وأم أبي الأب أعني : الجد ، وأم أبي الأم ، أعني : الجد ، وبه قال الحسن وابن سيرين . وكان ابن مسعود يشرك بين الجدات في السدس دنياهن وقصواهن مالم تكن تحجبها بنتها أو بنت بنتها ، وقد روي عنه أنه كان يسقط القصوى بالدنيا إذا كانتا من جهة واحدة وروي عن ابن عباس أن الجدة كالأم إذا لم تكن أم ، وهو شاذ عند الجمهور ، ولكن له حظ من القياس .

فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعي ، ومن قال بمذهب زيد ، ما رواه مالك أنه قال : « جاءت الجدة إلى أبي بكر رضي الله عنه تسأله عن ميراثها ، فقال أبو بكر : ما لك في كتاب الله عز وجل شيء وما علمت لك في سنة رسول الله ﷺ شيئا ، فارجعي حتى أسأل الناس ، فقال له المغيرة بن شعبة : حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس ، فقال أبو بكر : هل معك غيرك ؟ فقال : محمد بن مسلمة ، فقال مثل ما قال المغيرة ، فأنفذه أبو بكر لها ، ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها ، فقال لها : ما لك في كتاب الله عز وجل شيء ، وما كان القضاء الذي قضى به إلا لغيرك ، وما أنا بزائد في الفرائض ، ولكنه ذلك السدس ، فإن اجتمعتما فيه فهو لكما ، وأيتكما انفردت به فهو لها »[1] وروى مالك[2] أيضا أنه أتت الجدتان إلى أبي بكر ، فأراد أن يجعل السدس للتي من قبل الأم ، فقال له رجل : أما إنك تترك التي لو ماتت وهو حي كان إياها يرث ، فجعل أبو بكر السدس بينهما . قالوا : فواجب أن لا يتعدى في هذا هذه السنة وإجماع الصحابة . وإما عمدة من ورَّث الثلاث جدات فحديث ابن عيينة عن منصور عن إبراهيم : « أن النبي ﷺ ورث ثلاث

---

(١) أخرجه أبو داود (٣ /٣١٦ رقم ٢٨٩٤) ، والترمذي (٤ /٤٢٠ رقم ٢١٠١) ، وابن ماجه (٢ /٩٠٩ رقم ٢٧٢٤) ، وأحمد (٤ /٢٢٥) ، ومالك في الموطأ (٢ /٥١٣ رقم ٤) ، والحاكم (٤ /٣٣٨) ، والبيهقي (٦ /٢٣٤) .

من حديث قبيصة بن ذؤيب قال : جاءت الجدة ..فذكره وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ، ووافقه الذهبي .

قلت : لكنه معلول بالانقطاع ، كما قال ابن حزم في « المحلى بالآثار » (٨ /٢٩٢ المسألة ١٧٣٠) وغيره ؛ لأن قبيصة لم يدرك أبا بكر وعمر ، فقد صحح الحفاظ ولادته كانت عام الفتح .

وقد ضعف الحديث الألباني في إرواء الغليل (رقم ١٦٨٠) .

(٢) في الموطأ (٢ /٥١٣ رقم ٥) .

جدات : اثنتين من قبل الأب ، وواحدة من قبل الأم »[1] وأما ابن مسعود فعمدته القياس في تشبيهها بالجدة للأب ، لكن الحديث يعارضه واختلفوا هل يحجب الجدة للأب ابنها وهو الأب ، فذهب زيد إلى أنه يحجب ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وداود ، وقال آخرون : ترث الجدة مع ابنها ، وهو مروي عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة ، وبه قال شريح وعطاء وابن سيرين وأحمد ، وهو قول الفقهاء المصريين .

وعمدة من حجب الجدة بابنها أن الجد لما كان محجوبًا بالأب ؛ وجب أن تكون الجدة أولى بذلك . وأيضًا فلما كانت أم الأم لا ترث بإجماع مع الأم شيئًا ؛ كان كذلك أم الأب مع الأب . وعمدة الفريق الثاني ما روى الشعبي عن مسروق عن عبد الله قال : « أول جدة أعطاها رسولُ اللّهِ ﷺ سدسًا جدة مع ابنها ، وابنها حي »[2] قالوا : ومن طريق النظر لما كانت الأم وأم الأم لا يحجبن بالذكور ؛ كان كذلك حكم جميع الجدات ، وينبغي أن يعلم أن مالكًا لا يخالف زيدًا إلا في فريضة واحدة ، وهي امرأة هلكت وتركت زوجًا ، وأمًا ، وإخوة لأم ، وإخوة لأب وأم ، وجدًا ، فقال مالك : للزوج النصف ، وللأم السدس وللجد ما بقي وهو الثلث ، وليس للإخوة الشقائق شيء ، وقال زيد : للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، وما بقي للإخوة الشقائق ، فخالف مالك في هذه المسألة أصله من أن الجد لا يحجب الإخوة الشقائق ولا الأخوات للأب . وحجته أنه لما حجب الإخوة للأم عن الثلث الذي كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به . وأما زيد فعلى أصله في أنه لا يحجبهم .

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤ /٩١ رقم ٧٦) وهو حديث مرسل .

(٢) أخرجه البيهقي (٦ /٢٢٦) من طريق يزيد بن هارون ، أنا محمد بن سالم ، عن الشعبي به ، ثم قال البيهقي : تفرد به محمد بن سالم ، وروي عن يونس ، عن ابن سيرين ، قال : « أنبئت عن أشعث بن سوار ، عن عبد الله ، وعن=

○ باب في الحجب ○

وأجمع العلماء على أن الأخ الشقيق يحجب الأخ للأب ، وأن الأخ للأب يحجب بني الأخ الشقيق ، وأن بني الأخ الشقيق يحجبون أبناء الأخ للأب ، وبنو الأخ للأب أولى من بني ابن الأخ للأب والأم ، وبنو الأخ للأب أولى من العم أخي الأب ، وابن العم أخي الأب الشقيق أولى من ابن العم أخي الأب للأب ، وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنيهم ، ومن حجب منهم صنفًا فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف .

وبالجملة ، أما الإخوة فالأقرب منهم يحجب الأبعد ، فإذا استووا حجب منهم من أدلى بسببين أم وأب من أدلى بسبب واحد وهو الأب فقط ، وكذلك الأعمام الأقرب منه يحجب الأبعد ، فإن استووا حجب منهم من يدلي منهم إلى الميت بسببين من يدلي بسبب واحد ، أعني : أنه يحجب العم أخو الأب لأب وابن العم الذي هو أخو الأب لأب فقط .

وأجمعوا على أن الإخوة الشقائق والإخوة للأب يحجبون الأعمام ؛ لأن الإخوة بنو أب المتوفى ، والأعمام بنو جدة ، والأبناء يحجبون بنيهم ، والآباء أجدادهم ، والبنون وبنوهم يحجبون الإخوة ، والجد يحجب من فوقه من الأجداد

= أشعث بن عبد الملك عن الحسن ، وابن سيرين ، عن النبي ﷺ ، وحديث يونس وأشعث منقطع . ومحمد بن سالم غير محتج به ، وإنما الرواية الصحيحة فيه ، عن عمر ، وعبد الله ، وعمران بن حصين ، ثم أسند عن جميعهم أنهم ورثوا جدة مع ابنها » . وتعقبه المارديني في الجوهر النقي (٦ /٢٢٦) بأنه أثر عمر ، من طريق ابن المسيب عنه ، وابن المسيب لم يسمع من عمر ، فكيف يدعي أن الرواية عنه صحيحة . قلت : ومحمد بن سالم راوي المرفوع ضعيف جداً . انظر ترجمته في تهذيب التهذيب (٩ /١٥٥ رقم ٢٦٤) .

بإجماع ، والأب يحجب الإخوة ويحجب من تحجبه الإخوة ، والجد يحجب الأعمام بإجماع والإخوة للأم ، ويحجب بنو الإخوة الشقائق وبني الإخوة للأب ، والبنات وبنات البنين يحجبن الإخوة للأم .

واختلف العلماء فيمن ترك ابني عم أحدهما أخ للأم ، فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري : للأخ للأم السدس من جهة ما هو أخ لأم ، وهو في باقي المال مع ابن العم الآخر عصبة يقتسمونه بينهم على السواء ، وهو قول علي رضي الله عنه وزيد وابن عباس ، وقال قوم : المال كله لابن العم الذي هو أخ لأم يأخذ سدسه بالأخوة وبقيته بالتعصيب؛ لأنه قد أدلى بسببين ، وممن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود ، ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبري ، وهو قول الحسن وعطاء . واختلف العلماء في رد ما بقي من مال الورثة على ذوي الفرائض إذا بقيت من المال فضلة لم تستوفها الفرائض ، ولم يكن هناك من يعصب ، فكان زيد لا يقول بالرد ، ويجعل الفاضل في بيت المال ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال جلّ الصحابة بالرد على ذوي الفروض ما عدا الزوج والزوجة وإن كانوا اختلفوا في كيفية ذلك ، وبه قَالَ فُقَهَاءُ الْعِراق من الكوفيين والبصريين ، وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم ، فمن كان له نصف أخذ النصف مما بقي ، وهكذا في جزء جزء .

وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط ، أي : أن هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب واحد . وهنا مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيها تعلق بأسباب المواريث يجب أن نذكرها هنا ، فمنها أنه أجمع المسلمون على أن الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى : ﴿ **وَلَنْ يَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً** ﴾[1]. ولما ثبت من قوله ﷺ : « لا يَرِثُ المُسْلِمُ

(١) النساء : الآية (١٤١) .

الكَافِرَ ، ولا الكافر المُسْلِمَ »[1] . واختلفوا في ميراث المسلم الكافر ، وفي ميراث المسلم المرتد ، فذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار إلى أنه لا يرث المسلم الكافر بهذا الأثر الثابت ، وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة ، وسعيد بن المسيب ومسروق من التابعين ، وجماعة إلى أن المسلم يرث الكافر ، وشبهوا ذلك بنسائهم ، فقالوا : كما يجوز لنا أن ننكح نساءهم ولا يجوز لنا أن ننكحهم نساءنا كذلك الإرث ، ورووا في ذلك حديثًا مسندًا[2] ، ....

(١) أخرجه البخاري (١٢ /٥٠ رقم ٦٧٦٤) ، ومسلم (٣ /١٢٣٣ رقم ١ /١٦١٤) ، وأبو داود (٣ /٣٢٦ رقم ٢٩٠٩) ، والترمذي (٤ /٤٢٣ رقم ٢١٠٧) ، وابن ماجه (٢ /٩١١ رقم ٢٧٢٩) ، وابن الجارود في المنتقى (رقم ٩٥٤) ، والدارقطني (٤ /٦٩ رقم ٧) ، والبيهقي (٦ /٢١٧) ، والدارمي (٢ /٣٧٠) ، وأحمد (٥ /٢٠٠) ، والطيالسي (١ /٢٨٣ رقم ١٤٣٥ – منحة المعبود) ، ومالك (٢ /٥١٩ رقم ١٠) .

والحميدي (١ /٢٤٨ رقم ٥٤١) ، وسعيد بن منصور (١ /٦٥ رقم ١٣٥ و ١٣٦) ، وعبد الرزاق (٦ /١٤ –١٥ رقم ٩٨٥١ ، ٩٨٥٢) ، وابن خزيمة (٤ /٣٢٢ رقم ٢٩٨٥) ، وابن حبان (٧ /٦٠٩ رقم ٦٠٠١) ، والطبراني في الكبير (١ /١٦٣ رقم ٣٩١) و (١ /١٦٧ رقم ٤١٢) ، وفي الأوسط (١ /٣١٠ رقم ٥١٠) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٩٠ رقم ٦٧٦) ، والحاكم (٢ /٢٤٠) ، وأبو نعيم في الحلية (٣ /١٤٤ –١٤٥) ، والبغوي في شرح السنة (٨ /٣٦٣) و (١١ /١٥٤) وغيرهم . من طرق كثيرة عن الزهري ، عن علي بن الحسين ، عن عمرو بن عثمان ، عن أسامة بن زيد .

(٢) أخرج أبو داود (٣ /٣٢٩ رقم ٢٩١٣) ، والطيالسي (١ /٢٨٣ رقم ١٤٣٦ – منحة المعبود) ، والحاكم (٤ /٣٤٥) ، والبيهقي (٦ /٢٥٥) من حديث أبي الأسود الدّؤلي ، عن معاذ بن جبل ، أنه أتى في ميراث يهودي ، وله وارث مسلم ، فقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « الإسلام يزيد ولا ينقص » .

قال الحاكم : صحيح الإسناد . وأقره الذهبي . مع أنه منقطع لأن أبا الأسود لم يسمعه من معاذ .

=

قال أبو عمر : وليس بالقويّ عند الجمهور[1]، وشبهوه أيضًا بالقصاص في الدماء التي لا تتكافأ ، وأما مال المرتد إذا قتل أو مات ، فقال جمهور فقهاء الحجاز : هو لجماعة المسلمين ، ولا يرثه قرابته ، وبه قال مالك والشافعي ، وهو قول زيد من الصحابة . وقال أبو حنيفة والثوري وجمهور الكوفيين ، وكثير من البصريين : يرثه ورثته من المسلمين ، وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلي رضي الله عنهما .

وعمدة الفريق الأول : عموم الحديث ، وعمدة الحنفية : تخصيص العموم بالقياس ، وقياسهم في ذلك هو أن قرابته أولى من المسلمين ؛ لأنهم يدلون بسببين : بالإسلام والقرابة ، والمسلمون بسبب واحد ، وهو الإسلام ، وربما أكدوا بما يبقى لما له من حكم الإسلام بدليل أنه لا يؤخذ في الحال حتى يموت ، فكانت حياته معتبرة في بقاء ماله على ملكه ، وذلك لا يكون إلا بأن يكون لماله حرمة إسلامية ، ولذلك لم يجز أن يقر على الارتداد ، بخلاف الكافر - وقال الشافعي وغيره : يؤخذ بقضاء الصلاة إذا تاب من الردة في أيام الردة ، والطائفة الأخرى تقول : يوقف ماله ؛ لأن له حرمة إسلامية ، وإنما وقف رجاء أن يعود إلى الإسلام ، وأن استيجاب المسلمين لماله ليس على طريق الإرث ، وشذت طائفة فقالت : ماله للمسلمين عندما يرتد ، وأظن أن أشهب ممن يقول بذلك .

= ● وأخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٩ رقم ٢٩١٢) من وجه آخر ، وفيه عن أبي الأسود أن رجلاً حدثه أن معاذاً قال : فذكره .

● قال البيهقي (٦/ ٢٥٥) : « وإن صح الخبر فتأويله غير ما ذهب إليه ، وإنما أراد أن الإسلام في زيادة ولا ينقص بالردة » .

قال : وهذا رجل مجهول ، فهو منقطع .

وخلاصة القول أن الحديث ضعيف .

(١) أي أن الاستدلال به غير قوي ؛ لأنه ليس نصاً ظاهراً في المسألة ، مع العلم أن الحديث ضعيف كما عرفت آنفاً .

وأجمعوا على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضا ، واختلفوا في توريث الملل المختلفة ، فذهب مالك وجماعة إلى أن أهل الملل المختلفة لا يتوارثون كاليهود والنصارى ، وبه قال أحمد وجماعة ، وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور والثوري وداود وغيرهم : الكفار كلهم يتوارثون ، وكان شريح وابن أبي ليلى وجماعة يجعلون الملل التي لا تتوارث ثلاثًا : النصارى واليهود والصابئين ملة ، والمجوس ومن لا كتاب له ملة ، والإسلام ملة . وقد روي عن ابن أبي ليلى مثل قول مالك .

وعمدة مالك ومن قال بقوله : ما روى الثقات عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا يتوارث أهل ملتين »[1].

وعمدة الشافعية والحنفية قوله ﷺ : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم »[2]. وذلك أن المفهوم من هذا بدليل الخطاب أن المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر . والقول بدليل الخطاب فيه ضعف ، وخاصة هنا . واختلفوا في توريث الحملاء ، والحملاء : هم الذين يتحملون بأولادهم من بلاد الشرك إلى بلاد الإسلام ، أعني : أنهم يولدون في بلاد الشرك ، ثم يخرجون إلى بلاد الإسلام ، وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب ، وذلك على ثلاثة أقوال :

---

(١) أخرجه أحمد (٢ /١٧٨) ، وأبو داود (٣ /٣٢٨ رقم ٢٩١١) ، وابن ماجه (٩١٢/٢ رقم ٢٧٣١) ، والدارقطني (٧٥/٤ رقم ٢٥) ، والبيهقي (٢١٨/٦) ، وابن الجارود (رقم ٩٦٧) وإسناده حسن .
● وأخرجه الترمذي (٤٢٤/٤ رقم ٢١٠٨) ، والحاكم (٣٤٥/٤) من حديث جابر .
● وأخرجه الدارقطني (٤ /٧٥ رقم ٢٣) وعنه البيهقي (٦ /٢١٨) من هذا الوجه موقوفاً وقال الدارقطني : « وهو المحفوظ » .
وقال الألباني في الإرواء (٦ /١٢١) : « ورواه شريك عن الأشعث ، عن الحسن عن جابر به مرفوعاً . أخرجه الدارمي (٢ /٣٦٩ - ٣٧٠) .
وخلاصة القول أن الحديث صحيح .
(٢) تقدم قريباً من حديث أسامة بن زيد .

قول إنهم يتوارثون بما يدعون من النسب ، وهو قول جماعة من التابعين ، وإليه ذهب إسحاق .

وقول إنهم لا يتوارثون إلا ببينة تشهد على أنسابهم ، وبه قال شريح والحسن وجماعة .

وقول إنهم لا يتوارثون أصلًا وروي عن عمر الثلاثة الأقوال ، إلا أن الأشهر عنه أنه كان لا يورث إلا من ولد في بلاد العرب وهو قول عثمان وعمر ابن عبد العزيز .

وأما مالك وأصحابه فاختلف في ذلك قولهم ، فمنهم من رأى أن لا يورثون إلا ببينة ، وهو قول ابن القاسم : ومنهم من رأى أن لا يورثون أصلًا ولا بالبينة العادلة ، وممن قال بهذا القول من أصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون .

وروى ابن القاسم عن مالك في أهل حصن نزلوا على حكم الإسلام ، فشهد بعضهم لبعض أنه يتوارثون ، وهذا يتخرج منه أنهم يتوارثون بلا بينة ؛ لأن مالكًا لا يجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض قال : فأما إن سبوا فلا يقبل قولهم في ذلك ، وبنحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعي وأحمد وأبو ثور ، وذلك أنهم قالوا : إن خرجوا إلى بلاد الإسلام وليس لأحد عليهم يد ؛ قبلت دعواهم في أنسابهم ، وأما إن أدركهم السبي والرق ؛ فلا يقبل قولهم إلا ببينة . ففي المسألة أربعة أقوال : اثنان طرفان ، واثنان مفرقان . وجمهور العلماء من فقهاء الأمصار ، ومن الصحابة : عليّ وزيد وعمر أن من لا يرث لا يحجب ، مثل الكافر والمملوك والقاتل عمدًا ، وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون أن يورثهم ، أعني : بأهل الكتاب وبالعبيد وبالقاتلين عمدًا ، وبه قال داود وأبو ثور .

وعمدة الجمهور أن الحجب في معنى الإرث وأنهما متلازمان . وحجة الطائفة الثانية أن الحجب لا يرتفع إلا بالموت واختلف العلماء في الذين يفقدون في حرب أو غرق أو هدم ، ولا يدرى من مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون إذا كانوا أهل ميراث ؟ فذهب مالك وأهل المدينة إلى أنهم لا يورث بعضهم من بعض ، وأن ميراثهم جميعًا لمن بقي من قرابتهم الوارثين ، أو لبيت المال إن لم تكن لهم قرابة ترث ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوي . وذهب علي وعمر رضي الله عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكر غير الطحاوي عنه وجمهور البصريين إلى أنهم يتوارثون ، وصفة تواريثهم عندهم أنهم يورثون كل واحد من صاحبه في أصل ماله دون ما ورث بعضهم من بعض ، أعني أنه لا يضم إلى مال المورث ما ورث من غيره فيتوارثون الكل على أنه مال واحد كالحال في الذين يعلم تقدم موت بعضهم على بعض ، مثال ذلك زوج وزوجة توفيا في حرب أو غرق أو هدم ولكل واحد منهما ألف درهم ، فيورث الزوج من المرأة خمسمائة درهم ، وتورث المرأة من الألف التي كانت بيد الزوج دون الخمسمائة التي ورث منها ربعها ، وذلك مائتان وخمسون .

ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء في ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا . فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت إلى أن ولد الملاعنة يورث كما يورث غير ولد الملاعنة ، وأنه ليس لأمه إلا الثلث والباقي لبيت المال ، إلا أن يكون له إخوة لأم ، فيكون لهم الثلث أو تكون أمه مولاة فيكون باقي المال لمواليها ، وإلا فالباقي لبيت مال المسلمين ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ، إلا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوي الأرحام أولى من جماعة المسلمين . وأيضًا على قياس من يقول بالرد يرد على الأم بقية المال ، وذهب علي وعمر وابن مسعود إلى أن عصبته عصبة أمه أعني : الذين يرثونها . وروي عن علي وابن مسعود أنهم كانوا لا يجعلونه عصبته عصبة أمه إلا مع فقد الأم ، وكانوا ينزلون الأم بمنزلة

الأب ، وبه قال الحسن وابن سيرين والثوري وابن حنبل وجماعة .

وعمدة الفريق الأول عموم قوله تعالى : ﴿ **فإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ** ﴾[1]. فقالوا : هذه أم وكل أم لها الثلث ، فهذه لها الثلث .

وعمدة الفريق الثاني ما روي من حديث ابن عمر[2] عن النبي ﷺ « أنه ألحق ولد الملاعنة بأمه » وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده[3]. قال : « جعل النبي ﷺ ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثته » . وحديث واثلة بن الأسقع[4] عن النبي ﷺ قال : « المَرأةُ تَحُوزُ ثَلاثَةَ أمْوَالٍ : عَتِيقَها ، وَلَقيطَها

---

(١) النساء : الآية (١١) .

(٢) أخرجه البخاري (٩ /٤٦٠ رقم ٥٣١٥) ، ومسلم (٢ /١١٣٢ رقم ٨ /١٤٩٤) ، وأبو داود (٢ /٦٩٣ رقم ٢٢٥٩) ، والترمذي (٣ /٥٠٨ رقم ١٢٠٣) ، والنسائي (٦ /١٧٨) ، وابن ماجه (١ /٦٦٩ رقم ٢٠٦٩) ، ومالك (٢ /٥٦٧ رقم ٣٥) .

من حديث نافع ، عنه ، أن رجلاً لاعن امرأته على عهد رسول الله ﷺ ، ففرق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بأمه .

(٣) ● أخرجه أبو داود (٣ /٣٢٦ رقم ٢٩٠٨) ، والبيهقي (٦ /٢٥٩) ، والدارمي (٢ /٣٩٠) ، وأحمد (٢ /٢١٦) .

من طرق ، وله عندهم ألفاظ .

● وأخرجه أبو داود (٣ /٣٢٥ رقم ٢٩٠٧) ، والبيهقي (٦ /٢٥٩) عن مكحول مرسلاً . قال : جعل رسول الله ﷺ ميراث ابن الملاعنة لأمه ، ولورثتها من بعدها .

قال البيهقي : هذا منقطع .

وقد صحح الألباني الحديثين في صحيح أبي داود .

(٤) أخرجه أبو داود (٣ /٣٢٥ رقم ٢٩٠٦) ، والترمذي (٤ /٤٢٩ رقم ٢١١٥) ، وابن ماجه (٢ /٩١٦ رقم ٢٧٤٢) ، وأحمد (٣ /٤٩٠) ، وابن عدي في الكامل (٥ /١٧٠٧) ، والحاكم (٤ /٣٤٠) ، والدارقطني (٤ /٨٩ رقم ٦٩) ، والبيهقي (٦ /٢٥٩) . =

وَوَلَدَها الَّذِي لاعَنَتْ عَلَيْهِ » . وحديث مكحول عن النبي ﷺ بمثل ذلك[1] خرج جميع ذلك أبو داود وغيره . قال القاضي : هذه الآثار المصير إليها واجب ؛ لأنها قد خصصت عموم الكتاب . والجمهور على أن السنة يخصص بها الكتاب ، ولعل الفريق الأول لم تبلغهم هذه الأحاديث ، أو لم تصح عندهم ، وهذا القول مروي عن بن عباس وعثمان ، وهو مشهور في الصدر الأول ، واشتهاره في الصحابة دليل على صحة هذه الآثار ، فإن هذا ليس يستنبط بالقياس . والله أعلم .

ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين وأقر أحدهم بأخ ثالث ، وأنكر الثاني ، فقال مالك وأبو حنيفة : يجب عليه أن يعطيه حقه من الميراث يعنون المقر ، ولا يثبت بقوله نسبه ، وقال الشافعي : لا يثبت النسب ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث شيئًا . واختلف مالك وأبو حنيفة في القدر الذي يجب على الأخ المقر ، فقال مالك : يجب عليه ما كان يجب عليه ، لو أقر الأخ الثاني وثبت النسب ، وقال أبو حنيفة : يجب عليه أن يعطيه نصف ما بيده ، وكذلك الحكم عند مالك وأبي حنيفة فيمن ترك ابنًا واحدًا فأقر بأخ له آخر ، أعني : أنه لا يثبت النسب ويجب الميراث ، وأما الشافعي فعنه في هذه المسألة قولان :

أحدهما : أنه لا يثبت النسب ، ولا يجب الميراث .

والثاني : يثبت النسب ، ويجب الميراث ، وهو الذي عليه تناظر الشافعية في المسائل الطبلولية ، ويجعلها مسألة عامة ، وهو أن كل من يحوز المال يثبت النسب بإقراره ،

= قال الترمذي : « هذا حديث حسن غريب لا يعرف إلا من هذا الوجه » .
وقال البيهقي : « هذا غير ثابت ، قال البخاري : عمر بن التغلبي عن عبد الواحد النصري فيه نظر » .
وضعف الألباني الحديث في الإرواء (رقم ١٥٧٦) .

(١) يعني مثل حديث عمرو بن شعيب المتقدم قريباً .

وإن كان واحدًا أخًا أو غير ذلك .

وعمدة الشافعي في المسألة الأولى ، وفي أحد قوليه في هذه المسألة ، أعني : القول غير المشهور أن النسب لا يثبت إلا بشاهدي عدل ، وحيث لا يثبت فلا ميراث ؛ لأن النسب أصل والميراث فرع ، وإذا لم يوجد الأصل لم يوجد الفرع .

وعمدة مالك وأبي حنيفة أن ثبوت النسب هو حق متعد إلى الأخ المنكر ، فلا يثبت عليه إلا بشاهدين عدلين ، وأما حظه من الميراث الذي بيد المقر ، فإقراره فيه عامل ؛ لأنه حق أقرّ به على نفسه . والحق أن القضاء عليه لا يصح من الحاكم إلا بعد ثبوت النسب ، وأنه لا يجوز له بين الله تعالى وبين نفسه أن يمنع من يعرف أنه شريكه في الميراث حظه منه .

وأما عمدة الشافعية في إثباتهم النسب بإقرار الواحد الذي يحوز له الميراث فالسماع والقياس . وأما السماع : فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته[1] قالت : « كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك ، فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال : ابن أخي قد كان عهد إلي فيه ، فقام إليه عبد ابن زمعة ، فقال : أخي وابن وليدة أبي ، ولد على فراشه ، فتساوقاه إلى رسول الله ﷺ ، فقال سعد : يا رسول الله ابن أخي قد كان عهد إلي فيه ، فقام إليه عبد بن زمعة فقال : أخي وابن وليدة أبي ، ولد على فراشه ، فقال رسول الله ﷺ : هُوَ لكَ يا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، ثم قال رسول الله ﷺ : الوَلدُ للْفِرَاش ولِلْعاهِرِ الحَجَرُ ، ثم قال لسودة بنت زمعة : احْتَجِبِي مِنْهُ » . لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص قالت : فما رآها حتى لقى الله عز وجل ، فقضى

(١) أخرجه البخاري (١٢ /٣٢ رقم ٦٧٤٩) ، ومسلم (٢ /١٠٨٠ رقم ٣٦ /١٤٥٧) .

رسول الله ﷺ لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه بإقراره إذا لم يكن هنالك وارث منازع له ، وأما أكثر الفقهاء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الأصل المجمع عليه في إثبات النسب ، ولهم في ذلك تأويلات ، وذلك أن ظاهر هذا الحديث أنه أثبت نسبه بإقرار أخيه به ، والأصل أن لا يثبت نسب إلا بشاهدي عدل ، ولذلك تأول الناس في ذلك تأويلات ، فقالت طائفة : إنه إنما أثبت نسبه ﷺ بقول أخيه ؛ لأنه يمكن أن يكون قد علم أن تلك الأمة كان يطؤها زمعة بن قيس ، وأنها كانت فراشًا له ، قالوا : ومما يؤكد ذلك أنه كان صهره ، وسودة بنت زمعة كانت زوجته ﷺ ، فيمكن أن لا يخفى عليه أمرها ، وهذا على القول بأن للقاضي أن يقضي بعلمه ، ولا يليق هذا التأويل بمذهب مالك ، لأنه لا يقضي القاضي عنده بعلمه ، ويليق بمذهب الشافعي على قوله الآخر ، أعني : الذي لا يثبت فيه النسب والذين قالوا بهذا التأويل قالوا : إنما أمر سودة بالحجبة احتياطًا لشبهة الشبه ، لا أن ذلك كان واجبًا ، وقال لمكان هذا بعض الشافعية : إن للزوج أن يحجب الأخت عن أخيها ، وقالت طائفة : أمره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش . وافترق هؤلاء في تأويل قوله ﷺ : « هو لك » فقالت طائفة : إنما أراد هو عبدك إذا كان ابن أمة أبيك ، وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله ﷺ حكمه في ذلك بقوله : « الولد للفراش وللعاهر الحجر »[1]. وقال الطحاوي : إنما أراد بقوله ﷺ : « هو لك يا عبد بن زمعة » أي : يدك عليه بمنزلة ما هو يد اللاقط على اللقطة ، وهذه التأويلات تضعف لتعليله ﷺ حكمه بأن قال : « الولد للفراش وللعاهر الحجر »[1] . وأما المعنى الذي يعتمده الشافعية في هذا المذهب ، فهو أن إقرار من يحوز الميراث هو إقرار خلافة أي : إقرار من حاز خلافة الميت ، وعند الغير أنه إقرار شهادة لا إقرار خلافة ، يريد أن الإقرار الذي

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

كان للميت انتقل إلى هذا الذي حاز ميراثه . واتفق الجمهور على أن أولاد الزنا لا يلحقون بآبائهم إلا في الجاهلية على ما روي عن عمر بن الخطاب على اختلاف في ذلك بين الصحابة ، وشذ قوم فقالوا : يلتحق ولد الزنا في الإسلام ، أعني : الذي كان عن زنا في الإسلام . واتفقوا على أن الولد لا يلحق بالفراش في أقل من ستة أشهر ، إما من وقت العقد ، وإما من وقت الدخول ، وأنه يلحق من وقت الدخول إلى أقصر زمان الحمل ، أو إن كان قد فارقها واعتزلها . واختلفوا في أطول زمان الحمل الذي يلحق به الوالد الولد ، فقال مالك : خمس سنين ، وقال بعض أصحابه : سبع ، وقال الشافعي : أربع سنين ، وقال الكوفيون : سنتان : وقال محمد بن الحكم : سنة ، وقال داود : ستة أشهر ، وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة .

وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد ، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ، ولعله أن يكون مستحيلًا . وذهب مالك والشافعي إلى أن من تزوج امرأة و لم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأتت بولد لستة أشهر من وقت العقد لامن وقت الدخول ؛ أنه لا يلحق به إلا إذا أتت به لستة أشهر فأكثر من ذلك من وقت الدخول . وقال أبو حنيفة : هي فراش له ويلحقه الولد . وعمدة مالك أنها ليست بفراش إلا بإمكان الوطء وهو مع الدخول . وعمدة أبي حنيفة عموم قوله ﷺ : « الولد للفراش »[1] وكأنه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطأ الحلال على الوطء الحرام في إلحاق الولد بالوطء الحلال . واختلفوا من هذا الباب في إثبات النسب بالقافة ، وذلك عندما يطأ رجلان في طهر واحدٍ بملك يمين أو بنكاح ، ويتصور أيضًا الحكم بالقافة في اللقيط الذي يدعيه رجلان أو ثلاثة . والقافة عند العرب : هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس ، فقال بالقافة من فقهاء الأمصار : مالك والشافعي

(١) تقدم تخريجه قريبًا .

وأحمد وأبو ثور والأوزاعي . وأبى الحكم بالقافة ، الكوفيون وأكثر أهل العراق ، والحكم عند هؤلاء أنه إذا ادعى رجلان ولدا كان الولد بينهما ، وذلك إذا لم يكن لأحدهما فراش ، مثل أن يكون لقيطًا ، أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشا مثل الأمة أو الحرة يطؤها رجلان في طهر واحد ، وعند الجمهور من القائلين بهذا القول أنه يجوز أن يكونْ عندهم للابن الواحد أبوان فقط ، وقال محمد صاحب أبي حنيفة : يجوز أن يكون ابنًا لثلاثة إن ادعوه ، وهذا كله تخليط وإبطال للمعقول والمنقول .

وعمدة استدلال من قال بالقافة ما رواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم ، أي : بمن ادعاهم في الإسلام فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة ، فدعا قائفًا فنظر إليه فقال القائف : لقد اشترك فيه ، فضربه عمر بالدرة ، ثم دعا المرأة فقال : أخبريني بخبرك ، فقالت : كان هذا لأحد الرجلين يأتي في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن ونظن أنه قد استمر بها حمل ، ثم انصرف عنها فأهريقت عليه دمًا ، ثم خلف هذا عليها تعني : الآخر ، فلا أدري أيهما هو ، فكبر القائف ، فقال عمر للغلام : وال أيهما شئت . قالوا : فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير إنكار من واحد منهم هو كالإجماع . وهذا الحكم عند مالك إذا قضى القافة بالاشتراك أن يؤخر الصبي حتى يبلغ ، ويقال له : وال أيهما شئت ، ولا يلحق واحد باثنين ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو ثور : يكون ابنا لهما إذا زعم القائف أنهما اشتركا فيه ، وعند مالك أنه ليس يكون ابنًا للاثنين لقوله تعالى : ﴿ **يَاأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وأُنْثَى** ﴾[1] واحتج القائلون بالقافة أيضا بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة[2] قالت : « دخل رسول الله ﷺ مسرورًا تبرق

---

(١) الحجرات : الآية (١٣) .

(٢) أخرجه البخاري (١٢ /٥٦ رقم ٦٧٧٠) ، ومسلم (٢ /١٠٨١ رقم ٣٨ / =

أسارير وجهه فقال : أَلَمْ تَسْمَعِي ما قالَ مجزّزٌ المَدْلِجِيُّ لِزَيْدٍ وأُسامَةَ ورأى أقدامهما فقال : إنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُها مِنْ بَعْض » قالوا : وهذا مروي عن ابن عباس وعن أنس بن مالك ، ولا مخالف لهم من الصحابة . وأما الكوفيون فقالوا : الأصل أن لا يحكم لأحد المتنازعين في الولد إلا أن يكون هنالك فراش لقوله ﷺ : « الولد للفراش »[1] فإذا عدم الفِراش أو اشتركا الفراش كان ذلك بينهما ، وكأنهم رأوا ذلك بنوة شرعية لا طبيعية ، فإنه ليس يلزم من قال : إنه لا يمكن أن يكون ابن واحد عن أبوين بالعقل أن لا يجوز وقوع ذلك في الشرع . وروي مثل قولهم عن عمر ، ورواه عبد الرزاق عن علي ، وقال الشافعي : لا يقبل في القافة إلا رجلان . وعن مالك في ذلك روايتان :

إحداهما : مثل قول الشافعي .

والثانية : أنه يقبل قول قائف واحد . والقافة في المشهور عن مالك إنما يقضي بها في ملك اليمين فقط لافي النكاح ، وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي ، وقال أبو عمر بن عبد البر : في هذا حديث حسن مسند أخذ به جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر ، رواه الثوري عن صالح بن حي عن الشعبي[2] عن زيد بن أرقم[3] قال « كان عليٌّ باليمن فأتي بامرأة وطئها ثلاثة أناس في طهر

= ١٤٥٩) ، وأبو داود (٢ /٦٩٨ رقم ٢٢٦٧) ، والترمذي (٤ /٤٤٠ رقم ٢١٢٩) ، والنسائي (٦ /١٨٤) ، وابن ماجه (٢ /٧٨٧ رقم ٢٣٤٩) ، وأحمد في المسند (٦ /٢٢٦) وغيرهم بألفاظ هذا منها .

(١) تقدم تخريجه قريباً .

(٢) كذا قال عن الشعبي ، عن زيد بن أرقم . وإنما هو عن الشعبي ، عن عبد خير ، عن زيد بن أرقم .

(٣) ● أخرجه عبد الرزاق في « المصنف » (٧ /٣٥٩ رقم ١٣٤٧٢) ، وأبو داود (٢ /٧٠١ رقم ٢٢٧٠) ، والنسائي (٦ /١٨٢) ، وابن ماجه (٢ /٧٨٦ رقم ٢٣٤٨) ، والبيهقي (١٠ /٢٦٦ -٢٦٧) . =

واحد ، فسأل كل واحد منهم أن يقر لصاحبه بالولد فأبى ، فأقرع بينهم وقضى بالولد للذي أصابته القرعة وجعل عليه ثلثي الدية ، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فأعجبه وضحك حتى بدت نواجذه » وفي هذا القول إنفاذ الحكم بالقافة وإلحاق الولد بالقرعة .

واختلفوا في ميراث القاتل على أربعة أقوال : **فقال قوم : لا يرث القاتل** أصلًا من قتله . وقال آخرون : يرث القاتل وهم الأقل . وفرق قوم بين الخطأ والعمد فقالوا : لا يرث في العمد شيئًا ويرث في الخطأ إلا من الدية ، وهو قول مالك وأصحابه . وفرق قوم بين أن يكون في العمد قتل بأمر واجب أو بغير واجب ، مثل أن يكون من له إقامة الحدود ، وبالجملة بين أن يكون ممن يتهم أو لا يتهم .

وسبب الخلاف معارضة أصل الشرع في هذا المعنى للنظر المصلحي ، وذلك أن النظر المصلحي يقتضي أن لا يرث لئلا يتذرع الناس من المواريث إلى

= من طريق عبد الرزاق ، أخبرنا الثوري ، عن صالح الهمداني ، عن الشعبي عن عبد خير ، عنه .

● أخرجه أبو داود (٢ /٧٠٠ رقم ٢٢٦٩) ، والنسائي (٦ /١٨٢ -١٨٣) . من طريق الأجلح ، عن الشعبي ، عن عبد الله بن الخليل ، عنه .

● وأخرجه أحمد (٤ /٣٧٣) ، والنسائي (٦ /١٨٣) ، والحاكم (٣ /١٣٥ - ١٣٦) من أوجه أخرى عن الأجلح به كالذي قبله .

وقال الحاكم : « صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وزاد الحديث تأكيداً برواية ابن عيينة ، وقد تابع أبو إسحاق السبيعي الأجلح في روايته » وزاد فيه : فقال النبي ﷺ : « ما أعلم فيها إلا ما قال علي ، ثم أخرجه من طريق الحميدي عن سفيان » .

وكذلك أخرجه أحمد (٤ /٣٧٤) عن سفيان بن عيينة بالزيادة المذكورة ، وأخرجه الحاكم (٤ /٩٦) ثم قال : « قد أعرض الشيخان عن الأجلح بن عبد الله الكندي ، وليس في رواياته بالمتروك ، فإن الذي ينقم عليه به مذهبه » يعني التشيع .

قلت : ولكن الأجلح توبع على هذا الحديث ، فهو صحيح .

وقد صححه الألباني في صحيح أبي داود وغيره .

القتل واتباع الظاهر ، والتعبد يوجب أن لا يلتفت إلى ذلك ، فإنه لو كان ذلك مما قصد لالتفت إليه الشارع ﴿ **وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا** ﴾[1] كما تقول الظاهرية واختلفوا في الوارث الذي ليس بمسلم يسلم بعد موت مورثه المسلم وقبل قسم الميراث ، وكذلك إن كان مورثه على غير دين الإسلام ، فقال الجمهور : إنما يعتبر في ذلك وقت الموت ، فإن كان اليوم الذي مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه أصلًا سواء أسلم قبل قسم الميراث أو بعده ، وكذلك إن كان مورثه على غير دين الإسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة ، سواء كان إسلامه قبل القسم أو بعده . وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة : المعتبر في ذلك يوم القسم ، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب[2] . وعمدة كلا الفريقين قوله ﷺ : « أيما دارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِّمَتْ في الجاهِلِيَّةِ فَهِي عَلى قَسْمِ الجاهِلِيَّةِ ، وأيما دارٍ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَها الإسْلامُ ولَمْ تُقْسَمْ فَهِي عَلى قَسْمِ الإسْلامِ » فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم في ذلك الوقت بحكم الإسلام ، ومن اعتبر وجوب القسمة حكم في وقت الموت للمقسوم بحكم الإسلام . وروي من حديث عطاء[3] « أن رجلًا أسلم على ميراث على عهد رسول الله ﷺ قبل أن يقسم ، فأعطاه رسول الله ﷺ نصيبه ، وكذلك الحكم عندهم فيمن أعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم . فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بهذا الكتاب .

قال القاضي : ولما كان الميراث إنما يكون بأحد ثلاثة أسباب : إما بنسب ، أو صهر ، أو ولاء ، وكان قد قيل في الذي يكون بالنسب والصهر ، فيجب أن نذكر هٰهنا الولاء ، ولمن يجب ، ومن يجب فيه ممن لا يجب ، وما أحكامه ؟

---

(١) مريم : الآية (٦٤) .

(٢) تقدم تخريجه في القسمة .

(٣) لم أجده ، ولعله عند ابن عبد البر .

=

○ باب في الولاء ○

فأما من يجب له الولاء ، ففيه مسائل مشهورة تجري مجرى الأصول لهذا الباب .

• المسألة الأولى :

أجمع العلماء على أن من أعتق عبده عن نفسه فإن ولاءه له ، وأنه يرثه إذا لم يكن له وارث ، وأنه عصبة له إذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمال .

فأما كون الولاء للمعتق عن نفسه ، فلما ثبت من قوله ﷺ في حديث بريرة «إِنَّمَا الوَلاءُ لمنْ أَعْتَقَ »[1] واختلفوا إذا أعتق عبد عن غيره ، **فقال مالك** : الولاء للمعتق عنه لا الذي باشر العتق ، وقال أبو حنيفة والشافعي : إن أعتقه عن علم المعتق عنه ، فالولاء للمعتق عنه ، وإن أعتقه عن غير علمه ، فالولاء للمباشر للعتق .

وعمدة الحنفية والشافعية ظاهر قوله ﷺ : «الولاء لمن أعتق »[2] وقوله ﷺ : « الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ »[3] قالوا : فلما لم يجز أن يلتحق

= وقد أخرج سعيد بن منصور في سننه (١ /٧٧ رقم ١٩٦) عن عطاء قال : « قضى رسول الله ﷺ أن كل ميراث قسم في الجاهلية فهو على قسمة الجاهلية ، وما أدرك الإسلام من ميراث ، فهو على قسمة الإسلام » .

(١) متفق عليه من حديث عائشة ، وقد تقدم .

(٢) متفق عليه من حديث عائشة ، وقد تقدم .

(٣) أخرجه الشافعي في ترتيب المسند (٢ /٧٢ رقم ٢٣٧) ، وابن حبان في صحيحه (٧ /٢٢٠ رقم ٤٩٢٩) ، والحاكم (٤ /٣٤١) ، والبيهقي (١٠ /٢٩٢) ، والطبراني في الأوسط – كما في « مجمع الزوائد » (٤ /٢٣١) ، وغيرهم من حديث ابن عمر .

وهو حديث صحيح ، وقد صححه المحدث الألباني في الإرواء (رقم ١٦٦٨) وتوسع =

نسب بالحر بغير إذنه ، فكذلك الولاء ، ومن طريق المعنى ؛ فلأن عتقه حرية وقعت في ملك المعتق ، فوجب أن يكون الولاء له ، أصله إذا أعتقه من نفسه . وعمدة مالك أنه إذا أعتقه عنه فقد ملكه إياه ، فأشبه الوكيل ، ولذلك اتفقوا على أنه إذا أذن له المعتق عنه كان ولاؤه له لا للمباشر . وعند مالك أنه من قال لعبده : أنت حر لوجه الله وللمسلمين أن الولاء يكون للمسلمين ، وعندهم يكون للمعتق .

● **المسألة الثانية :**

اختلف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له ؟ فقال مالك والشافعي والثوري وداود وجماعة : لا ولاء له ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : له ولاؤه إذا والاه ، وذلك أن مذهبهم أن للرجل أن يوالي رجلًا آخر فيرثه ويعقل عنه ، وأن له أن ينصرف من ولائه إلى ولاء غيره ما لم يعقل عنه ، وقال غيره : بنفس الإسلام على يديه يكون له ولاؤه . فعمدة الطائفة الأولى قوله ﷺ : « إنما الولاء لمن أعتق »[1] وإنما هذه هي التي يسمونها الحاصرة ، وكذلك الألف واللام هي عندهم للحصر ، ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصًا بالمحكوم عليه لا يشاركه فيه غيره ، أعني : أن لا يكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول إلا للمعتق فقط المباشر . وعمدة الحنفية في إثبات الولاء بالموالاة قوله تعالى : ﴿ **وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ** ﴾[2] وقوله تعالى : ﴿ **وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ** ﴾[3] وحجة من قال : الولاء يكون بنفس الإسلام فقط حديث تميم الداري[4] قال « سألت رسول الله ﷺ عن المشرك

= في الكلام عليه فانظره إن شئت .

(١) متفق عليه من حديث عائشة ، وقد تقدم .

(٢،٣) النساء : الآية (٣٣) .

(٤) أخرجه عبد الرزاق في « المصنف » (٩ /٣٩ رقم ١٦٢٧١) ، وابن أبي شيبة في

يسلم على يد مسلم ؟ فقال هو أحق الناس وأولاهم بحياته ومماته » وقضى به عمر بن عبد العزيز . وعمدة الفريق الأول أن قوله تعالى : ﴿ **والذين عَقَدَتْ أيمانُكُمْ** ﴾[1] منسوخة بآية المواريث ، وأن ذلك كان في صدر الإسلام ، وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيه ﷺ عن ذلك[2] إلا ولاء السائبة .

= « المصنف » (١١ /٤٠٨) ، وأحمد (٤ /١٠٢) ، والدارمي (٢ /٣٧٧) ، والبخاري في التاريخ الكبير (٥ /١٩٨ -١٩٩) ، وأبو داود (٣ /٣٣٣ رقم ٢٩١٨) ، والترمذي (٤ /٤٢٧ رقم ٢١١٢) ، والنسائي في الكبرى - كما في أطراف المزي - (٢ /١١٦ رقم ٢٠٥٢) ، وابن ماجه (٢ /٩١٩ رقم ٢٧٥٢) ، والباغندي في مسند عمر بن عبد العزيز (رقم ٨٢) ، والطبراني في المعجم الكبير (٢ /٥٦ -٥٧ رقم ١٢٧٢ و ١٢٧٣ و ١٢٧٤) ، وأبو يعلى في المسند (١٣ /١٠٢ رقم ٢ /٧١٦٥) ، والدارقطني (٤ /١٨١ رقم ٣١ و ٣٣ و ٣٤) ، والحاكم (٢ /٢١٩) ، والبيهقي (١٠ /٢٩٧) ، وذكره البخاري في صحيحه تعليقاً (١٢ /٤٥) بصيغة التمريض ، والخطيب في تاريخ بغداد (٧ /٥٣) ، والفسوي في المعرفة والتاريخ (٢ /٤٣٩) .

وقال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه وعبد الله بن وهب بن زمعة مشهور ، وتعقبه الذهبي قائلاً : هذا ما أخرج له إلا ابن ماجه فقط ، ثم هو وهم من الحاكم ثان ، فإن ابن زمعة لم يرو عن تميم الداري ، وصوابه عبد الله ابن موهب ، وكذا جاء في النسائي : عبد الله بن وهب .

وانظر كلام المنذري عن هذا الحديث في المختصر (٤ /١٨٥ -١٨٧) .

وخلاصة القول أن الحديث صحيح ، والله أعلم .

(١) النساء : الآية (٣٣) .

(٢) أخرج مالك (٢ /٧٨٣ رقم ٢٠) ، والبخاري (٥ /١٦٧ رقم ٢٥٣٥) ، ومسلم (٢ /١١٤٥ رقم ١٦ /١٥٠٦) ، وأبو داود (٣ /٣٣٤ رقم ٢٩١٩) ، والترمذي (٣ /٥٣٧ رقم ١٢٣٦) ، وابن ماجه (٢ /٩١٨ رقم ٢٧٤٧) ، والنسائي (٧ /٣٠٦) ، وأحمد (٢ /٩، ٧٩) ، من حديث ابن عمر قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته » .

• المسألة الثالثة :

اختلف العلماء إذا قال السيد لعبده : أنت سائبة ، فقال مالك : ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من أعتق عن المسلمين إلا أن يريد به معنى العتق فقط ، فيكون ولاؤه له ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : ولاؤه للمعتق على كل حال ، وبه قال أحمد وداود وأبو ثور ، وقالت طائفة : له أن يجعل ولاءه حيث شاء ، وإن لم يوال أحدًا كان ولاؤه للمسلمين ، وبه قال الليث والأوزاعي ، وكان إبراهيم والشعبي يقولان : لا بأس ببيع ولاء السائبة وهبته ، وحجة هؤلاء هي الحجج المتقدمة في المسألة التي قبلها . وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة في هذا الوقت .

• المسألة الرابعة :

اختلف العلماء في ولاء العبد المسلم إذا أعتقه النصراني قبل أن يباع ، لمن يكون ؟ فقال مالك وأصحابه : ولاؤه للمسلمين ، فإن أسلم مولاه بعد ذلك لم يعد إليه ولاؤه ولا ميراثه ، وقال الجمهور : ولاؤه لسيده ، فإن أسلم كان له ميراثه . وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب ، وأنه إذا أسلم الأب بعد إسلام الابن أنه يرثه ، فكذلك العبد . وأما عمدة مالك فعموم قوله تعالى : ﴿ **وَلَنْ يَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا** ﴾[1] فهو يقول : إنه لما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد . وأما إذا وجب له يوم العتق ثم طرأ عليه مانع من وجوبه فلم يختلفوا أنه إذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود الولاء له . ولذلك اتفقوا أنه إذا أعتق النصراني الذميُّ عبده النصرانيَّ قبل أن يسلم أحدهما ثم أسلم العبد أن الولاء يرتفع ، فإن أسلم المولى عاد إليه .

وإن كانوا اختلفوا في الحربي يعتق عبده وهو على دينه ، ثم يخرجان إلينا

---

(١) النساء : الآية (١٤١) .

مسلمين ، فقال مالك : هو مولاه يرثه ، وقال أبو حنيفة : لا ولاء بينهما ، وللعبد أن يوالي من شاء على مذهبه في الولاء والتحالف ، وخالف أشهب مالكًا فقال : إذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد إلى المولى ولاؤه أبدًا ، وقال ابن القاسم : يعود ، وهو معنى قول مالك ؛ لأن مالكًا يعتبر وقت العتق ، وهذه المسائل كلها هي مفروضة في القول لا تقع بعد ، فإنه ليس من دين النصارى أن يسترق بعضهم بعضًا ، ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه في هذا الوقت ويزعمون أنه من مللهم .

• المسألة الخامسة :

أجمع جمهور العلماء على أن النساء ليس لهن مدخل في وراثة الولاء إلا من باشرن عتقه بأنفسهن أو ما جر إليهن من باشرن عتقه ، إما بولاء أو بنسب ، مثل معتق معتقها أو ابن معتقها ، وأنهن لا يرثن معتق من يرثنه إلا ما حكي عن شريح .

وعمدته أنه لما كان لها ولاء ما أعتقت بنفسها كان لها ولاء ما أعتقه مورثها قياسًا على الرجل ، وهذا هو الذي يُعرِّفونه بقياس المعنى ، وهو أرفع مراتب القياس ، وإنما الذي يوهنه الشذوذ .

وعمدة الجمهور أن الولاء إنما وجب للنعمة التي كانت للمعتق على المعتق ، وهذه النعمة إنما توجد فيمن باشر العتق ، أو كان من سبب قوي من أسبابه ، وهم العصبة . قال القاضي : وإذ قد تقرر من له ولاء ممن ليس له ولاء ، فبقي النظر في ترتيب أهل الولاء في الولاء . فمن أشهر مسائلهم في هذا الباب ، المسألة التي يعرفونها بالولاء للكبر ، مثال ذلك : رجل أعتق عبدًا ثم مات ذلك الرجل وترك أخوين أو ابنين ، ثم مات أحد الأخوين وترك ابنًا ، أو أحد الابنين ، فقال الجمهور في هذه المسألة : إن حظ الأخ الميت من الولاء لا يرثه عنه ابنه ، وهو راجع إلى أخيه ؛ لأنه أحق به من ابنه بخلاف الميراث ؛ لأن الحجب في الميراث يعتبر بالقرب من الميت ، وهنا بالقرب من المباشر العتق ، وهو مروي عن عمر بن

الخطاب وعلي وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت من الصحابة . وقال شريح وطائفة من أهل البصرة : حق الأخ الميت في هذه المسألة لبنيه . وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث . وعمدة الفريق الأول أن الولاء نسب مبدؤه من المباشر .
ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب المسألة التى تعرف بجر الولاء ، وصورتها أن يكون عبد له بنون من أمة ، فأعتقت الأمة ثم أعتق العبد بعد ذلك ، فإن العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين إذا أعتق الأب ، وذلك أنهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الأم إذا لم يمس المولود الرق في بطن أمه ، وذلك يكون إذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الأب هو لموالي الأم . واختلفوا إذا أعتق الأب هل يجر ولاء بنيه لمواليه أم لا يجر ؟ فذهب الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهم إلى أنه يجر ، وبه قال علي رضي الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان . وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة : لا يجر ولاءه . وروي عن عمر ، وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدثه به قبيصة بن ذوئيب عن عمر بن الخطاب ، وإن كان قد روي عن عمر مثل قول الجمهور .

وعمدة الجمهور أن الولاء مشبه بالنسب ، والنسب للأب دون الأم .

وعمدة الفريق الثاني أن البنين لما كانوا في الحرية تابعين لأمهم كانوا في موجب الحرية تابعين لها ، وهو الولاء ، وذهب مالك إلى أن الجد يجر ولاء حفدته إذا كان أبوهم عبدًا ، إلا أن يعتق الأب ، وبه قال الشافعي وخالفه في ذلك الكوفيون واعتمدوا في ذلك على أن ولاء الجد إنما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الأب ، وإذا لم يكن للأب ولاء فأحرى أن لا يكون للجد . وعمدة الفريق الثاني أن عبودية الأب هي كموته فوجب أن ينتقل الولاء إلى أبي الأب ، ولا خلاف بين من يقول بأن الولاء للعصبة فيما أعلم أن الأبناء أحق من الآباء ، وأنه لا ينتقل إلى العمود الأعلى إلا إذا فقد العمود الأسفل بخلاف الميراث ، لأن البنوة عندهم أقوى تعصيبًا من الأبوة ، والأب أضعف تعصيبًا ، والإخوة وبنوهم

أقعد عند مالك من الجد ، وعند الشافعي وأبي حنيفة الجد أقعد منهم .

وسبب الخلاف من أقرب نسبًا وأقوى تعصيبا وليس يورث بالولاء جزء مفروض وإنما يورث تعصيبًا ، فإذا مات المولى الأسفل ولم يكن له ورثة أصلًا أو كان له ورثة لا يحيطون بالميراث كان عاصبه المولى الأعلى ، وكذلك يعصب المولى الأعلى كل من للمولى الأعلى عليه ولادة نسب ، أعني : بناته وبنيه وبني بنيه . وفي هذا الباب مسألة مشهورة وهي : إذا ماتت امرأة ولها ولاء وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء ؟ فقالت طائفة : لعصبتها لأنهم الذين يعقلون عنها ، والولاء للعصبة ، وهو قول علي بن أبي طالب ، وقال قوم : لابنها ، وهو قول عمر بن الخطاب ، وعليه فقهاء الأمصار ، وهو مخالف لأهل هذا السلف ؛ لأن ابن المرأة ليس من عصبتها .

تم كتاب الفرائض والولاء والحمد لله حق حمده .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٥٤ - كتاب العتق □

والنظر في هذا الكتاب فيمن يصح عتقه ومن لا يصح ، ومن يلزمه ومن لا يلزمه ؛ أعني : بالشرع ، وفي ألفاظ العتق ، وفي الإيمان به ، وفي أحكامه وفي الشروط الواقعة فيه . ونحن فإنما نذكر من هذه الأبواب ما فيها من المسائل المشهورة التي يتعلق أكثرها بالمسموع ، فأما من يصح عتقه ، فإنهم أجمعوا على أنه يصح عتق المالك التام الملك الصحيح الرشيد القوي الجسم الغني غير العديم .

واختلفوا في عتق من أحاط الدين بماله وفي عتق المريض وحكمه فأما من أحاط الدين بماله ، فإن العلماء اختلفوا في جواز عتقه ، فقال أكثر أهل المدينة ، مالك وغيره : لا يجوز ذلك ، وبه قال الأوزاعي والليث ، وقال فقهاء العراق : وذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم ، وذلك عند من يرى التحجير منهم ، وقد يتخرج عن مالك في ذلك الجواز قياسًا على ما روي عنه في الرهن أنه يجوز ، وإن أحاط الدين بمال الراهن مالم يحجر عليه الحاكم .

وعمدة من منع عتقه أن ماله في تلك الحال مستحق للغرماء ، فليس له أن يخرج منه شيئًا بغير عوض ، وهي العلة التي بها يحجر الحاكم عليه التصرف . والأحكام يجب أن توجد مع وجود عللها ، وتحجير الحاكم ليس بعلة وإنما هو حكم واجب من موجبات العلة فلا اعتبار بوقوعه .

وعمدة الفريق الثاني أنه قد انعقد الإجماع على أن له أن يطأ جاريته ويحبلها ولا يرد شيئًا مما أنفقه من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب أن يكون حكم تصرفاته هذا الحكم ، وهذا هو قول الشافعي ، ولا خلاف عند الجميع أنه لا يجوز أن يعتق غير المحتلم مالم تكن وصية منه ، وكذلك المحجور ، ولا يجوز عند العلماء عتقه لشيء من مماليكه إلا مالكًا وأكثر أصحابه ، فإنهم أجازوا عتقه لأم ولده . وأما المريض فالجمهور على أن عتقه إن صح وقع وإن مات كان من الثلث ، وقال أهل الظاهر : هو مثل عتق الصحيح .

وعمدة الجمهور حديث عمران بن الحصين أن رجلًا أعتق ستة أعبد له ، الحديث على ما تقدم . وأما من يدخل عليهم العتق كرهًا فهم ثلاثة من بعض العتق ، وهذا متفق عليه في أحد قسميه واثنان مختلف فيهما وهما من ملك من يعتق عليه ومن مثل بعبده .

فأما من بعض العتق ، فإنه ينقسم قسمين :

أحدهما : من وقع تبعيض العتق منه وليس له من العبد إلا الجزء المعتق .

والثاني : أن يكون يملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختيارًا منه فأما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حظه منه فإن الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك ، فقال مالك والشافعي وأحمد بن حنبل : إن كان المعتق موسرًا قوم عليه نصيب شريكه قيمة العدل ، فدفع ذلك إلى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه له ، وإن كان المعتق معسرًا لم يلزمه شيء وبقي المعتق بعضه عبدًا وأحكامه أحكام العبد ، وقال أبو يوسف ومحمد : إن كان معسرًا سعى العبد في قيمته للسيد الذي لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الأول ويكون ولاؤه للأول ، وبه قال الأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى وجماعة الكوفيين ، إلا أن ابن شبرمة وابن أبي ليلى جعلا للعبد أن يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أيسر . وأما شريك

المعتق فإن الجمهور على أن له الخيار في أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق ، وقال أبو حنيفة : لشريك الموسر ثلاث خيارات :

أحدها:أن يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما ، وهذا لا خلاف فيه بينهم .

والخيار الثاني : أن تقوم عليه حصته .

والثالث : أن يكلف العبد السعي في ذلك إن شاء ويكون الولاء بينهما ، وللسيد المعتق عبده عنده إذا قوم عليه شريكه نصيبه أن يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق . وعمدة مالك والشافعي حديث ابن عمر[1] أن رسول الله ﷺ قال : « مَنْ أعْتَقَ شِرْكا لَهُ في عَبْدٍ وكانَ لَهُ مالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ العَبْدِ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةُ العدْلِ ، فأعْطَى شُرَكاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعتقَ عَلَيْهِ العَبْدُ وإلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ ما عَتَقَ » . وعمدة محمد وأبي يوسف صاحبي أبي حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبي هريرة[2] أن النبي ﷺ قال : « مَنْ أعْتَقَ شِقْصًا لَهُ في عَبْدِهِ فَخَلاصُهُ في مالِهِ إنْ كانَ لَهُ مالٌ ، فإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مالٌ اسْتَسْعَى العَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ » وكلا الحديثين خرجه أهل الصحيح البخاري ومسلم وغيرهما[3] ، ولكل

---

(١) أخرجه البخاري (٥ /١٣٢ رقم ٢٤٩١) ، ومسلم (٢ /١١٣٩ رقم ١ /١٥٠١) ، وأبو داود (٤ /٢٥٦ رقم ٣٩٤٠) ، والترمذي (٣ /٦٢٩ رقم ١٣٤٦) ، والنسائيّ (٧ /٣١٩) ، وابن ماجه (٢ /٨٤٤ رقم ٢٥٢٧) ، وابن الجارود (رقم ٩٧٠) ، وأحمد (٢ /١١٢) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣ /١٠٦) ، والدارقطني (٤ /١٢٣ رقم ٦ ، ٧) ، والبيهقي (١٠ /٢٧٤) وغيرهم .

(٢) أخرجه البخاري (٥ /١٣٢ رقم ٢٤٩٢) ، ومسلم (٢ /١١٤٠ رقم ٣ /١٥٠٣) ، وأبو داود (٤ /٢٥٥ رقم ٣٩٣٨) ، والترمذي (٣ /٦٣٠ رقم ١٣٤٨) ، والنسائيّ في الكبرى - كما في أطراف المزي - (٩ /٣٠٤ رقم ١٢٢١١) . وابن ماجه (٢ /٨٤٤ رقم ٢٥٢٧) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /١٠٧) ، والدارقطني (٤ /١٢٨ رقم ١٢) ، والبيهقي (١٠ /٢٨٠ ، ٢٨١) .

(٣) وهو كما قال ، وقد تقدم آنفاً .

طائفة منهم قول في ترجيح حديثه الذي أخذ به ، فمما وهنت به الكوفية حديثَ ابن عمر أن بعض رواته شك في الزيادة المعارضة فيه لحديث أبي هريرة ، وهو قوله : « وإلا فقد عتق منه ما عتق » فهل هو من قوله ﷺ ، أم من قول نافع ؛ وإن في ألفاظه أيضًا بين رواته اضطرابًا[1]. ومما وهن به المالكيون حديث أبي

---

(١) قلت : إن الحديث رواه نافع ، عن ابن عمر ، عن النبي ﷺ ، ورواه عن نافع : مالك ، وجرير بن حازم ، وعبيد الله بن عمر ، وإسماعيل بن أمية . كلهم ذكروه بالزيادة المذكورة في المعسر وهي قوله : « وإلا فقد عتق منه ما عتق » .

● أخرج رواية مالك : البخاري (٥ /١٥١ رقم ٢٥٢٢) ، ومسلم (٢ /١١٣٩ رقم ١ /١٥٠١) ، وأبو داود (٤ /٢٥٦ رقم ٣٩٤٠) ، وابن ماجه (٢ /٨٤٤ رقم ٢٥٢٨) ، وابن الجارود (رقم ٩٧٠) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /١٠٦) ، وأحمد (٢ /١١٢) ، والبيهقي (١٠ /٢٧٤) .

● وأخرج رواية جرير بن حازم : مسلم (٣ /١٢٨٦ رقم ٤٩ /١٥٠١) ، وأحمد (٢ /١٠٥) ، والبيهقي (١٠ /٢٧٩) .

● وأخرج رواية عبيد الله بن عمر : البخاري (٥ /١٥١ رقم ٢٥٢٣) ، ومسلم (٣ /١٢٨٦ رقم ٤٨ /١٥٠١) ، وأبو داود (٤ /٢٥٧ رقم ٣٩٤٣) ، وأحمد (٢ /١٤٢) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /١٠٦) ، والدارقطني (٤ /١٢٣ - ١٢٤ رقم ٧) ، والبيهقي (١٠ /٢٨٠) .

● وأخرج رواية إسماعيل بن أمية : الدارقطني (٤ /١٢٣ -١٢٤ رقم ٧) .

قلت : ورواه الليث بن سعد ، وجويرية بن أسماء ، وموسى بن عقبة ، ومحمد بن إسحاق ، وابن أبي ذئب ، وصخر بن جويرية ، والزهري ، وأسامة بن زيد ، وهشام ابن سعد ، كلهم عن نافع بدون تلك الزيادة .

● أخرج رواية الليث : مسلم (٣/١٢٨٦ رقم ١٥٠١/٤٩) ، وأحمد (١٥٦/٢) ، والبيهقي (١٠ /٢٧٤) .

● وأخرج رواية جُويرية : البخاري (٥ /١٣٧ رقم ٢٥٠٣) ، والبيهقي (١٠ /٢٧٧) .

● وأخرج رواية موسى بن عقبة : البخاري (٥ /١٥١ رقم ٢٥٢٥) ، والبيهقي (١٠ /٢٧٥) .

● وأخرج رواية محمد بن إسحاق : الطحاوي في شرح المعاني (٣ /١٠٥) . =

....

= ● وأخرج رواية ابن أبي ذئب : الطحاوي في شرح المعاني (٣ /١٠٦) ، والبيهقي (١٠ /٢٧٥) .
● وأخرج رواية صخر بن جويرية : الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣ /١٠٦) ، والدارقطني (٤ /١٢٩ رقم ١٣) .
● وأخرج رواية الزهري : الدارقطني (٤ /١٢٣ رقم ٦) .
● وأخرج رواية أسامة بن زيد : مسلم (٣ /١٢٨٦ رقم ٤٩ /١٥٠١) ، والبيهقي (١٠ /٢٧٥) .
● وأخرج رواية هشام بن سعد : البيهقي (١٠ /٢٧٥) .
قلت : إن اثنين ممن روياه بالزيادة المذكورة ، رُوِيَ عنهما أيضاً بدونها . وهما :
● (**الأول**) : إسماعيل بن أمية : أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٩ /١٥١ رقم ١٦٧١٤) ، ومسلم (٣ /١٢٨٦ رقم ٤٩ /١٥٠١) ، من طريق ابن جريج عنه ، عن نافع بدون الزيادة .
وأخرجه الدارقطني (٤ /١٢٣ -١٢٤ رقم ٧) من طريق يحيى بن أيوب عنه ، بإثباتها كما سبق .
● (**والثاني**) : عبيد الله بن عمر : أخرجه أحمد (٢ /١٤٢) ، والبخاري (٥ /١٥١ رقم ٢٥٢٣) من طريقه مختصراً أيضاً بدونها .
لكن قال الحافظ في الفتح (٥ /١٥٤) : « والذين أثبتوها حفاظ فإثباتها عن عبيد الله مقدم » اهـ .
قلت : وأخرجه أيوب ، ويحيى بن سعيد ، عن نافع ، وشكا في كونها مرفوعة أو مقطوعة من قول نافع .
● فأما رواية أيوب : فأخرجها أحمد (٢ /١٥) ، والبخاري (٥ /١٥١ رقم ٢٥٢٤) ، ومسلم (٣ /١٢٨٦ رقم ٤٩ /١٥٠١) ، وأبو داود (٤ /٢٥٧ رقم ٣٩٤٢) ، والترمذي (٣ /٦٢٩ رقم ١٣٤٦) ، والبيهقي (١٠ /٢٧٦، ٢٧٧) .
وكذلك أخرجه الترمذي (٣ /٦٢٩ رقم ١٣٤٦) ، والبخاري (٥ /١٣٢ رقم ٢٤٩١) و (٥ /١٥١ رقم ٢٥٢٤) ، ومسلم (٣ /١٢٨٦ رقم ٤٩ /١٥٠١) ، وأبو داود (٤ /٢٥٧ رقم ٣٩٤١ و ٣٩٤٢) من طرق .
● وأما رواية يحيى بن سعيد : فأخرجها مسلم (٣ /١٢٨٦ رقم ٤٩ /١٥٠١) ، =

هريرة أنه اختلف أصحاب قتادة فيه على قتادة في ذكر السعاية .[1] وأما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية في ذلك على أنه إنما لزم السيد التقويم إن كان له

= والبيهقي (١٠ /٢٧٧) . قال الشافعي : [« لا أحسب عالماً بالحديث ورواته يشك في أن مالكاً أحفظ لحديث نافع من أيوب ؛ لأنه كان ألزم له من أيوب ، ولمالك فضل حفظ لحديث أصحابه ، خاصة ولو استويا في الحفظ فشك أحدهما في شيء لم يشك فيه صاحبه لم يكن في هذا موضع لأن يغلط به الذي لم يشك ، إنما يغلط الرجل بخلاف من هو أحفظ منه ، أو يأتي بشيء في الحديث يشركه فيه من لم يحفظ منه ماحفظ منه ، هم عدد وهو منفرد ، وقد وافق مالكاً في زيادة : « وإلا فقد عتق منه ما عتق » غيره من الرواة وزاد فيه بعضهم : « وَرَقَّ منه مارَقَّ »] . كما في السنن الكبرى للبيهقي (١٠ /٢٧٨) . وقال البيهقي (١٠ /٢٧٩) : (- فأيوب كان يشك في الحديث - ومالك بن أنس أثبته في الحديث عن النبي ﷺ ، فالحكم له دونه . وأما فضل حفظ مالك فهو عند جماعة أهل الحديث كما قال الشافعي) اهـ .

(١) قلت : إن الحديث رواه قتادة ، عن النضر بن أنس ، عن بشير بن نهيك ، عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ .
ورواه عن قتادة : سعيد بن أبي عروبة ، وجرير بن حازم ، وحجاج بن حجاج ، وأبان بن يزيد العطار ، وحجاج بن أرطأة ، وموسى بن خلف ، ويحيى بن صبيح .
كلهم قالوا عن قتادة : « فإن لم يكن له مال قُوِّم المملوك قيمة عدل ، ثم استسعى غير مشقوق عليه » .
● أخرج رواية سعيد بن أبي عروبة : أحمد (٢ /٤٢٦) ، والبخاري (٥ /١٣٢ رقم ٢٤٩٢) ، ومسلم (٣ /١٢٨٧ رقم ٥٤ /١٥٠٣) ، وأبو داود (٤ /٢٥٥ رقم ٣٩٣٨) ، والترمذي (٣ /٦٣٠ رقم ١٣٤٨) ، وابن ماجه (٢ /٨٤٤ رقم ٢٥٢٧) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣ /١٠٧) ، والدارقطني (٤ /١٢٨ رقم ١٢) ، والبيهقي (١٠ /٢٨٠ ، ٢٨١) .
● وأخرج رواية جرير بن حازم : البخاري (٥ /١٥٦ رقم ٢٥٢٦) ، ومسلم (٢ /١١٤١ رقم ٤ /١٥٠٣) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /١٠٧) ، والدارقطني (٤ /١٢٧ رقم ١١) ، والبيهقي (١٠ /٢٨١) .
● ورواية حجاج بن حجاج هي في نسخته - كما في فتح الباري (٥ /١٥٧) .
● وأخرج رواية أبان العطار : أبو داود (٤ /٢٥٤ رقم ٣٩٣٧) ، والطحاوي =

= في شرح معاني الآثار (٣ /١٠٧) .
● ورواية موسى بن خلف ، خرجها الخطيب في كتاب « الفصل والوصل للمدرج في النقل » - كما في فتح الباري (٥ /١٥٧) .
● ورواية يحيى بن صبيح خرجها الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣ /١٠٧) .
قلت : وخالفهم : شعبة ، وهشام الدستوائي ، فلم يذكرا هذه الزيادة ، عن قتادة ، بل قالا بالإسناد عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ في المملوك بين الرجلين فيعتق أحدهما قال : يضمن لفظ شعبة ، ولفظ هشام : من أعتق نصيباً له في مملوك عتق من ماله إن كان له مال .
● أخرج رواية شعبة : مسلم (٢ /١١٤٠ رقم ٢ /١٥٠٢) و (٣ /١٢٨٧ رقم ٥٢ /١٥٠٢) ، وأبو داود (٤ /٢٥٣ رقم ٣٩٣٥) ، وأحمد (٢ /٤٦٨) ، والطيالسي (١ /٢٤٥ رقم ١٢٠٦ - منحة المعبود) ، والدارقطني (٤ /١٢٥ رقم ٨) ، والبيهقي (١٠ /٢٧٦) .
● وأخرج رواية هشام : أحمد (٢ /٥٣١) ، وأبو داود (٤ /٢٥٣ رقم ٣٩٣٦) ، والدارقطني (٤ /١٢٦ رقم ٩) ، والبيهقي (١٠ /٢٧٦) .
قلت : ● وأخرجه همام ، عن قتادة ، واختلف قوله فيه ، فرواه محمد بن كثير ، عنه ، عن قتادة بسنده ، عن أبي هريرة : أن رجلاً أعتق شقيصاً له من غلام فأجاز النبي ﷺ عتقه وغرمه بقيمة ثمنه . أخرجه أبو داود (٤ /٢٥٢، ٢٥٣ رقم ٣٩٣٣، ٣٩٣٤) وإسناده صحيح .
● وأخرجه عبد الله بن يزيد المقري ، عن همام ، فذكر فيه السعاية لكنه فصلها من المرفوع وجعلها مدرجة من قول قتادة ولفظه كالذي قبله إلى قوله : وغرمه بقية ثمنه ، وزاد قال قتادة : إن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه أخرجه الدارقطني (٤ /١٢٧ رقم ١٠) ، والبيهقي (١٠ /٢٨٢) وغيرهما .
قال الدارقطني : « سمعت أبا بكر النيسابوري يقول : ما أحسن ما رواه همام وضبطه وفصل بين قول النبي ﷺ وقول قتادة » .
وقال البيهقي : « وفيما بلغني » عن أبي سليمان الخطابي ، عن الحسن بن يحيى ، عن ابن المنذر صاحب الخلافيات . قال : هذا الكلام من فُتيا قتادة ليس من متن الحديث ؛ ثم ذكر حديث علي بن الحسن عن المقري عن همام ثم قال : فقد أخبر همام أن ذكر =

مال للضرر الذي أدخله على شريكه والعبد لم يدخل ضررًا فليس يلزمه شيء . وعمدة الكوفيين من طريق المعنى أن الحرية حق شرعي لا يجوز تبعيضه ، فإذا كان الشريك المعتق موسرًا عتق الكل عليه ، وإذا كان معسرًا سعى العبد في قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد ، وربما أتوا بقياس شبهي ، وقالوا : لما كان العتق يوجد منه في الشرع نوعان : نوع يقع بالاختيار ، وهو إعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله . ونوع يقع بغير اختيار ، وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز له بالشريعة ملكه وجب أن يكون العتق بالسعي كذلك . فالذي بالاختيار منه هو الكتابة . والذي هو داخل بغير اختيار هو السعي .

واختلف مالك والشافعي في أحد قوليه إذا كان المعتق موسرًا هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية ؟ أعني : أنه يسري وجوب عتقه عليه بنفس العتق ؟ فقالت الشافعية : يعتق بالسراية ، وقالت المالكية بالحكم ، واحتجت المالكية بأنه لو كان واجبًا بالسراية لسرى مع العدم واليسر . واحتجت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله ﷺ : « قوم عليه قيمة العدل »[1] فقالوا : ما

= السعاية من قول قتادة . وألحق سعيد بن أبي عروبة الذي ميزه همام من قول قتادة فجعله متصلاً بالحديث » .

وقال ابن حزم في « المحلى بالآثار » (٨ /١٨٥ المسألة ١٦٦٧) : « صدق همام ، قاله قتادة مفتياً بما روى ، وصدق ابن أبي عروبة ، وجرير ، وأبان ، وموسى بن خلف ، وغيرهم . فأسندوه عن قتادة .. » اهـ .

وقال ابن دقيق العيد في (إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام) (٤ /٢٦٠ رقم ٢):« والذين لم يقولوا بالاستسعاء تعللوا في تضعيفه بتعللات لا يقتصر على النقل ، ولا يمكنهم الوفاء بمثلها في المواضع التي يحتاجون إلى الاستدلال بأحاديث ترد عليهم فيها مثل تلك التعليلات .. » اهـ .

قلت : وانظر فتح الباري (٥ /١٥٨) .

(١) تقدم قريباً في كتاب العتق .

يجب تقويمه فإنما يجب بعد إتلافه فإذن بنفس العتق أتلف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه في وقت الإتلاف ، وإن لم يحكم عليه بذلك حاكم ، وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه ؛ لأنه قد نفذ العتق وهذا بين . وقول أبي حنيفة في هذه المسألة مخالف لظاهر الحديثين ، وقد روي فيها خلاف شاذ ، فقيل عن ابن سيرين : إنه جعل حصة الشريك في بيت المال ، وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيبًا له في عبد : أن العتق باطل ، وقال قوم : لا يقوم على المعسر الكل ، وينفذ العتق فيما أعتق ، وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق موسرًا أو معسرًا ويتبعه شريكه ، وسقط العسر في بعض الروايات في حديث ابن عمر[1] ، وهذا كله خلاف الأحاديث ولعلهم لم تبلغهم الأحاديث .

واختلف قول مالك من هذا في فرع ، وهو إذا كان معسرًا فأخر الحكم عليه بإسقاط التقويم حتى أيسر ، فقيل : يقوم ، وقيل : لا يقوم . واتفق القائلون بهذه الآثار على أن من ملك باختياره شقصًا يعتق عليه من عبد : أنه يعتق عليه الباقي إن كان موسرًا إلا إذا ملكه بوجه لا اختيار له فيه ، وهو أن يملكه بميراث ، فقال قوم : يعتق عليه في حال اليسر ، وقال قوم : لا يعتق عليه ، وقال قوم : في حال اليسر بالسعاية ، وقال قوم : لا .

وإذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه ، فجمهور علماء الحجاز والعراق : مالك والشافعي والثوري والأوزاعي وأحمد وابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون : يعتق عليه كله ، وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر : يعتق منه ذلك القدر الذي عتق ويسعى العبد في الباقي ، وهو قول طاوس وحماد .

وعمدة استدلال الجمهور أنه لما ثبتت السنة في إعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق كان أحرى أن يجب ذلك عليه في ملكه . وعمدة أبي حنيفة

(١) تقدم ذلك قريباً ، وهي رواية من لم يقل : « وإلا فقد عتق منه ما عتق » .

أن سبب وجوب العتق على المبعض للعتق هو الضرر الداخل على شريكه ، فإذا كان ذلك كله ملكًا له لم يكن هنالك ضرر .

فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق ، أعني : أنه لا يقع فيه تبعيض ، أو مضرة الشريك ؟. واحتجت الحنفية بما رواه إسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده (أنه أعتق نِصفَ عبده ، فلم يُنْكِر رسولُ الله ﷺ عِتْقَهُ)[1] .

ومن عمدة الجمهور ما رواه النسائي[2] وأبو داود[3] عن أبي المليح عن أبيه « أن رجلًا من هذيل أعتق شِقْصًا له من مملوكٍ فَتَمَّمَ النبي ﷺ عِتْقَهُ وقالَ : ليس لله شَريكٌ » وعلى هذا فقد نص على العلة التي تمسك بها الجمهور ، وصارت علتهم أولى ؛ لأن العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة .

فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب وتعارض القياس . وأما الإعتاق الذي يكون بالمثلة ، فإن العلماء اختلفوا فيه ، فقال مالك والليث

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في « المصنف » (٩/١٤٨ رقم ١٦٧٠٥) ، وأحمد (٣/٤١٢) ، والبيهقي (١٠ /٢٧٤) .
من طريق عمر بن حوشب ، حدثني إسماعيل بن أمية ، عن أبيه ، عن جده ، قال : كان لهم غلام يقال له : طهمان أو ذكوان فأعتق جده نصفه فجاء العبد إلى النبي ﷺ فأخبره ، فقال النبي ﷺ : « تعتق في عتقك ، وترق في رقك » فكان يخدم سيده حتى مات .
قال البيهقي : « تفرد به عمر بن حوشب ، وإسماعيل هو ابن أمية بن عمرو بن سعيد ابن العاص ، وعمرو بن سعيد له صحبة » .

(٢) في السنن الكبرى . وقد عزاه إليه المنذري في « المختصر » (٥ /٣٩٥ رقم ٣٧٧٩) .

(٣) في السنن (٤ /٢٥١ رقم ٣٩٣٣) .
قلت : وأخرجه أحمد (٥ /٧٤، ٧٥) ، والبيهقي (١٠ /٢٧٣) ، وهو حديث صحيح . انظر الإرواء (٥ /٣٥٨-٣٥٩) .

والأوزاعي : من مثل بعبده أعتق عليه ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يعتق عليه ، وشذ الأوزاعي فقال : من مثل بعبد غيره أعتق عليه ، والجمهور على أنه يضمن ما نقص من قيمة العبد ، فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده[1] : « أَنَّ زنباعًا وَجَدَ غُلامًا لَهُ مَعَ جارِيَة ، فقطع ذَكَرهُ وجدَعَ أَنْفَهُ ، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له ، فقال له النبي ﷺ : ما حَمَلَكَ عَلى ما فَعَلْتَ ؟ فقال : فعل كذا وكذا ، فقال النبي ﷺ : اذْهَبْ فأَنْتَ حُرٌّ » وعمدة الفريق الثاني قوله ﷺ في حديث ابن عمر[2] : « مَنْ لَطَمَ مَمْلُوكَهُ أَوْ ضَرَبَهُ فَكَفَّارَتُهُ عِتْقُهُ » قالوا : فلم يلزم العتق في ذلك وإنما ندب إليه . ولهم من طريق المعنى أن الأصل في الشرع هو أنه لا يكره السيد على عتق عبده إلا ما خصصه الدليل . وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف في صحتها ، فلم تبلغ من القوة أن يخصص بها مثل هذه القاعدة .

وأما هل يعتق على الإنسان أحد من قرابته ، وإن عتق فمن يعتق ؟ فإنهم اختلفوا في ذلك ، فجمهور العلماء على أنه يعتق على الرجل بالقرابة إلا داود وأصحابه ، فإنهم لم يروا أن يعتق أحد على أحد من قبل قربى ، والذين قالوا

---

(١) أخرجه أبو داود (٤ /٦٥٤ رقم ٤٥١٩) ، وابن ماجه (٢ /٨٩٤ رقم ٢٦٨٠) ، وأحمد (٢ /١٨٢) ، وعبد الرزاق (٩ /٤٣٨ رقم ١٧٩٣٢) ، والبيهقي (٨ /٣٦) ، وعزاه الهيثمي في المجمع (٤ /٢٣٩) للبزار والطبراني .
من طرق وبألفاظ مطولاً ومختصراً . وهو حديث حسن .
وقد حسنه الألباني في الإرواء (٦ /١٦٨ رقم ١٧٤٤) .

(٢) أخرجه مسلم (٣ /١٢٧٩ رقم ٣٠ /١٦٥٧) ، وأبو داود (٥ /٣٦٤ رقم ٥١٦٨) ، وأحمد (٢ /٤٥ ، ٦١) ، والبخاري في الأدب المفرد (رقم ١٨٠) ، وأبو نعيم في الحلية (٧ /١٢١) .
وفي لفظ للبخاري في الأدب المفرد (رقم ١٧٧) ، ومسلم (٣ /١٢٧٨ رقم ٢٩ /١٦٥٧) : « من لطَمَ عبدَه أو ضربه حدّاً لم يأتِه فكفارتُه عِتْقُه » .

بالعتق اختلفوا فيمن يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم على أنه يعتق على الرجل أبوه وولده ، فقال مالك : يعتق على الرجل ثلاثة :

أحدها : أصوله : وهم الآباء والأجداد والجدات والأمهات وآباؤهم وأمهاتهم ، وبالجملة كل من كان له على الإنسان ولادة .

والثاني : فروعه ، وهم : الأبناء والبنات وولدهم ما سفلوا ، وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ، وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ، ذكر أو أنثى .

والثالث : الفروع المشاركة له في أصله القريب ، وهم الإخوة ، وسواء كانوا لأب وأم ، أو لأب فقط ، أو لأم فقط ، واقتصر من هذا العمود على القريب فقط ، فلم يوجب عتق بني الإخوة .

وأما الشافعي فقال مثل قول مالك في العمودين الأعلى والأسفل ، وخالفه في الإخوة فلم يوجب عتقهم . وأما أبو حنيفة فأوجب عتق كل ذي رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والخال والخالة وبنات الأخ ، ومن أشبههم ممن هو من الإنسان ذو محرم .

وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم في مفهوم الحديث الثابت ، وهو قوله ﷺ : « لَا يَجْزِي وَلَدٌ عَنْ وَالِدِه إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيَعْتِقَهُ » خرجه مسلم[1] والترمذي[2] وأبو داود[3] وغيرهم[4] ، فقال

---

(١) في صحيحه (٢ /١١٤٨ رقم ٢٥ /١٥١٠) .

(٢) في السنن (٤ /٣١٥ رقم ١٩٠٦) .

(٣) في السنن (٥ /٣٤٩ رقم ٥١٣٧) .

(٤) كالبخاري في الأدب المفرد (رقم ١٠) ، وأحمد (٢ /٢٣٠) ، وابن ماجه (٢ /١٢٠٧ رقم ٣٦٥٩) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣ /١٠٩) ، وأبو نعيم في الحلية (٦ /٣٤٥) ، والخطيب في تاريخ بغداد (١٤ /٣٠٦) . =

الجمهور يفهم من هذا أنه إذا اشتراه وجب عليه عتقه ، وأنه ليس يجب عليه شراؤه ، وقالت الظاهرية : المفهوم من الحديث أنه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه إذا اشتراه ، قالوا : لأن إضافة عتقه إليه دليل على صحة ملكه له ، ولو كان ما قالوا صوابًا ، لكان اللفظ إلا أن يشتريه فيعتق عليه .

وعمدة الحنفية ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة[1] أن النبي ﷺ قال : «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَهُوَ حُرٌّ» وكأن هذا الحديث لم يصح عند مالك

= كلهم من حديث أبي هريرة . وزاد بعضهم في آخره : « ومن كان مصلياً بعد الجمعة فليصل أربعاً » .

(١) أخرجه أبو داود (٤ /٢٥٩ رقم ٣٩٤٩) ، والترمذي (٣ /٦٤٦ رقم ١٣٦٥) ، وابن ماجه (٢ /٨٤٣ رقم ٢٥٢٤) ، وأحمد (٥ /٢٠) ، والطيالسي (صـ١٢٣ رقم ٩١٠) ، وابن الجارود (رقم ٩٧٣) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣ /١٠٩) ، والبيهقي (١٠ /٢٨٩) ، والحاكم (٢ /٢١٤) من طريق حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة به .
وقال الترمذي : « لا نعرفه مسنداً إلا من حديث حماد بن سلمة ، وقد روى بعضهم هذا الحديث عن قتادة عن الحسن عن عمر شيئاً من هذا » قلت : هذا الوجه الذي ذكره الترمذي ، أخرجه أبو داود (٤ /٢٦١ رقم ٣٩٥٠) من طريق سعيد بن أبي عروبة ، عن قتادة ، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : « من ملك ذا رحم محرمٍ فهو حرٌّ » .
ثم قال أبو داود : « سعيد أحفظُ من حماد » .
وقال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٤ /٢١٢ رقم ٢١٤٩) : « قال الترمذي : لم يروه إلا حماد بن سلمة ، عن قتادة ، عن الحسن . ورواه شعبة عن قتادة ، عن الحسن مرسلاً ، وشعبة أحفظ من حماد .
وقال علي بن المديني : هو حديث منكر .
وقال البخاري : لا يصح .
ورواه ابن ماجه (٢ /٨٤٤ رقم ٢٥٢٥) ، والنسائي في الكبرى - كما في أطراف المزي - (٥ /٤٥١) ، والترمذي (٣ /٦٤٧) ، والحاكم (٢ /٢١٤) ، من =

والشافعي ، وقاس مالك الإخوة على الأبناء والآباء ، ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتمد الحديث المتقدم فقط ، وقاس الأبناء على الآباء . وقد رامت المالكية أن تحتج لمذهبها بأن البنوة صفة هي ضد العبودية ، وأنه ليس تجتمع معها لقوله تعالى : ﴿ **وَما يَنْبَغِي لِلرَّحْمَن أَنْ يَتَّخِذَ وَلَدًا . إِنْ كُلُّ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ إِلَّا آتِي الرَّحْمَنِ عَبْدًا** ﴾[1] وهذه العبودية هي معنى غير العبودية التي يحتجون بها ، فإن هذه عبودية معقولة وبنوة معقولة . والعبودية التي بين المخلوقين والمولايية هي عبودية بالشرع لا بالطبع ، أعني : بالوضع لا مجال للعقل كما يقولون فيها عندهم ، وهو احتجاج ضعيف .

وإنما أراد الله تعالى أن البنوة تساوي الأبوة في جنس الوجود أو في نوعه ، أعني : أن الموجودين اللذين أحدهما أب والآخر ابن هما متقاربان جدا ، حتى أنهما إما أن يكونا من نوع واحد أو جنس واحد ، وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع معه سبحانه في جنس قريب ولا بعيد ، بل التفاوت بينهما غاية التفاوت ، فلم يصح أن يكون في الموجودات التي هـٰهنا شيء نسبته إليه نسبة الأب إلى الابن ، بل إن كان نسبة الموجودات إليه نسبة العبد إلى السيد كان أقرب إلى حقيقة الأمر من نسبة الابن إلى الأب ؛ لأن التباعد الذي بين السيد والعبد في المرتبة أشد من التباعد الذي بين الأب والابن ، وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين ، لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة أشد تباعدًا من هذه النسبة ،

= طريق ضمرة عن الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر .
قال النسائي : حديث منكر ، وقال الترمذي : لم يتابع ضمرة عليه ، وهو خطأ ، وقال البيهقي (١٠ /٢٩٠) ، وهم فيه ضمرة ، والمحفوظ بهذا الإسناد : نهى عن بيع الولاء وعن هبته . ورد الحاكم هذا بأن روى من طريق ضمرة الحديثين بالإسناد الواحد . وصححه ابن حزم ، وعبد الحق وابن القطان » اهـ .
وقد صحح الحديث الألباني في الإرواء (رقم ١٧٤٦) .

(١) مريم : الآية (٩٢ -٩٣) .

أعني تباعد طرفيهما في الشرف والخسة ضرب المثال بها ، أعني نسبة العبد للسيد ، ومن لحظ المحبة التي بين الأب والابن والرحمة والرأفة والشفقة أجاز أن يقول في الناس إنهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى . فهذه جملة المسائل المشهورة التي تتعلق بالعتق الذي يدخل على الإنسان بغير اختياره .

وقد اختلفوا من أحكام العتق في مَسألة مشهورة تتعلق بالسماع ، وذلك أن الفقهاء اختلفوا فيمن أعتق عبيدًا له في مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم ، فقال مالك والشافعي وأصحابهما وأحمد وجماعة : إذا أعتق في مرضه ولا مال له سواهم قسموا ثلاثة أجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته ، وكذلك الحكم في الوصية بعتقهم .

وخالف أشهب وأصبغ مالكًا في العتق المبتل في المرض ، فقالا جميعًا : إنما القرعة في الوصية . وأما حكم العتق المبتل فهو كحكم المدبر . ولا خلاف في مذهب مالك أن المدبرين في كلمة واحدة إذا ضاق عنهم الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث . وقال أبو حنيفة وأصحابه في العتق المبتل : إذا ضاق عنه الثلث أنه يعتق من كل واحد منه ثلثه . وقال الغير : بل يعتق من الجميع ثلثه . فقوم من هؤلاء اعتبروا في ثلث الجميع القيمة ، وهو مذهب مالك والشافعي ، وقوم اعتبروا العدد . فعند مالك إذا كانوا ستة أعبد مثلًا ؛ عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل في ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر ، وذلك أيضًا بالقرعة بعد أن يجبروا على القسمة أثلاثًا ، وقال قوم : بل المعتبر العدد ، فإن كانوا ستة عتق منهم اثنان وإن كانوا مثلًا سبعة عتق منهم اثنان وثلث .

فعمدة أهل الحجاز ما رواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين[1] « أن رجلًا أعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله ﷺ

(١) تقدم تخريجه في القسمة .

فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة » خرّجه البخاري ومسلم مسندًا ، وأرسله مالك . وعمدة الحنفية ما جرت به عادتهم من رد الآثار التي تأتي بطرق الآحاد إذا خالفتها الأصول الثابتة بالتواتر .

وعمدتهم أنه قد أوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاما ، فلو كان له مال لنفد بإجماع ، فإذا لم يكن له مال وجب أن ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعلى السيد فيه ، وهذا الأصل ليس بينا من قواعد الشرع في هذا الموضع ، وذلك أنه يمكن أن يقال له : إنه إذا أعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين ، وقد ألزم الشرع مبعض العتق أن يتم عليه ، فلما لم يمكن هـٰهنا أن يتمم عليه جمع في أشخاص بأعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة في ذلك دون العدد أفضت إلى هذا الأصل ، وهو تبعيض العتق ، فلذلك كان الأولى أن يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث ، وكان الجزء المعتق في كل واحد منهم هو حق لله فوجب أن يجمع في أشخاص بأعيانهم أصله حق الناس .

واختلفوا في مال العبد إذا أعتق لمن يكون ، فقالت طائفة : المال للسيد ، وقالت طائفة : ماله تبع له ، **وبالأول** قال ابن مسعود من الصحابة ، ومن الفقهاء أبو حنيفة والثوري وأحمد وإسحق ، **وبالثاني** قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة . والحجة لهم حديث ابن عمر[1] أن النبي ﷺ قال : « **مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فَمالُهُ لَهُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ السَّيد مَالُهُ** » .

وأما ألفاظ العتق ، فإن منها صريحًا ومنها كناية عند أكثر فقهاء الأمصار .

أما الألفاظ الصريحة ، فهو أن يقول : أنت حر ، أو أنت عتيق وما تصرف

---

(١) أخرجه أبو داود (٤ /٢٧٠ رقم ٣٩٦٢) ، وابن ماجه (٢ /٨٤٥ رقم ٢٥٢٩) وهو حديث صحيح .
وقد صححه الألباني في الإرواء (رقم : ١٧٤٩) .

من هذه ، فهذه الألفاظ تلزم السيد بإجماع من العلماء . وأما الكناية فهي مثل قول السيد لعبده : لا سبيل لي عليك ، أو لا ملك لي عليك ، فهذه ينوّى فيها سيد العبد ، هل أراد به العتق أم لا ؟ عند الجمهور .

ومما اختلفوا فيه في هذا الباب إذا قال السيد لعبده : يا بني ، أو لأمته يا بنتي ، أو قال : يا أبي ، أو يا أمي ، فقال قوم وهم الجمهور : لا عتق يلزمه ، وقال أبو حنيفة : يعتق عليه ، وشذ زفر فقال : لو قال السيد لعبده : هذا ابني ، عتق عليه وإن كان العبد له عشرون سنة وللسيد ثلاثون سنة . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبده : ما أنت إلا حر ، فقال قوم : هو ثناء عليه،وهم الأكثر ، وقال قوم : هو حر ؛ وهو قول الحسن البصري .

ومن هذا الباب من نادى عبدًا من عبيده باسمه ، فاستجاب له عبد آخر ، فقال له : أنت حر ، وقال : إنما أردت الأول ، فقيل : يعتقان عليه جميعًا ، وقيل : ينوي .

واتفق على أن من أعتق مافي بطن أمته فهو حر دون الأم . واختلفوا فيمن أعتق أمة واستثنى ما في بطنها ، فقالت طائفة : له استثناؤه ، وقالت طائفة : هما حران . واختلفوا في سقوط العتق بالمشيئة ، فقالت طائفة : لا استثناء فيه كالطلاق ، وبه قال مالك ، وقال قوم : يؤثر فيه الاستثناء كقولهم في الطلاق ، أعني : قول القائل لعبده : أنت حر إن شاء الله . وكذلك اختلفوا في وقوع العتق بشرط الملك ، فقال مالك : يقع ، وقال الشافعي وغيره : لا يقع ، وحجتهم قوله ﷺ : « لا عِتْق فيما لَا يمْلِكُ ابنُ آدَمَ »[1] . وحجة الفرقة الثانية تشبيههم إياه باليمين . وألفاظ هذا الباب شبيهة بألفاظ الطلاق وشروطه كشروطه ، وكذلك الأيمان فيه شبيهة بأيمان الطلاق .

---

(١) تقدم تخريجه في الطلاق .

وأما أحكامه فكثيرة : منها أن الجمهور على أن الأبناء تابعون في العتق والعبودية للأم ، وشذ قوم فقالوا : إلا أن يكون الأب عربيا .

ومنها اختلافهم في العتق إلى أجل ، فقال قوم : ليس له أن يطأها إن كانت جارية ولا يبيع ولا يهب ، وبه قال بمالك ، وقال قوم : له جميع ذلك ، وبه قال الأوزاعي والشافعي واتفقوا على جواز اشتراط الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق .

واختلفوا فيمن قال لعبده : إن بعتك فأنت حر ، فقال قوم : لا يقع عليه العتق ؛ لأنه إذا باعه لم يملك عتقه ، وقال : إن باعه يعتق عليه ، أعني من مال البائع إذا باعه ، وبه قال مالك والشافعي ، وبالأول قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري . وفروع هذا الباب كثيرة ، وفي هذا كفاية .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٥٥ - كتاب الكتابة □

والنظر الكلي في الكتابة ينحصر في أركانها ، وشروطها ، وأحكامها . أما الأركان فثلاثة : العقد وشروطه وصفته ، والعاقد ، والمعقود عليه وصفاتهما ونحن نذكر المسائل المشهورة لأهل الأمصار في جنس جنس من هذه الأجناس .

○ القول في مسائل العقد ○

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم في عقد الكتابة : هل هو واجب أو مندوب إليه ؟ فقال فقهاء الأمصار : إنه مندوب ، وقال أهل الظاهر : هو واجب ، واحتجوا بظاهر قوله تعالى : ﴿ **فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا** ﴾[1] والأمر على الوجوب . وأما الجمهور فإنهم لما رأوا أن الأصل هو ألا يجبر أحدٌ على عتق مملوكه ؛ حملوا هذه الآية على الندب لئلا تكون معارضة لهذا الأصل ، وأيضًا فإنه لما لم يكن للعبد أن يحكم له على سيده بالبيع له،وهو خروج رقبته عن ملكه بعوض ، فأحرى ألّا يحكم له عليه بخروجه عن غير عوض هو مالكه ، وذلك أن كسب العبد هو للسيد ، وهذه المسألة هي أقرب أن تكون من أحكام العقد من أن تكون من أركانه ، وهذا العقد بالجملة هو أن يشتري العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد .

فأركان هذا العقد : الثمن والمثمون ، والأجل ، والألفاظ الدالة على هذا العقد . فأما الثمن ، فإنهم اتفقوا على أنه يجوز إذا كان معلومًا بالعلم الذي يشترط في البيوع . واختلفوا إذا كان في لفظه إبهام ما ، فقال أبو حنيفة ومالك : يجوز أن يكاتب عبده على جارية أو عبد من غير أن يصفهما ويكون له الوسط من العبيد ، وقال الشافعي : لا يجوز حتى يصفه ، فمن اعتبر في هذا طلب المعاينة شبهه بالبيوع ، ومن رأى أن هذا العقد مقصوده المكارمة وعدم التشاح جوز فيه الغرر اليسير كحال اختلافهم في الصداق ، ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا ما لا يجوز بين الأجنبي والأجنبي من مثل بيع الطعام قبل قبضه ،

(١) النور : الآية (٣٣) .

وفسخ الدين في الدين ، وضع وتعجل ، ومنع ذلك الشافعي وأحمد ، وعن أبي حنيفة القولان جميعًا .

وعمدة من أجازه أنه ليس بين السيد وعبده ربا ؛ لأنه وماله له ، وإنما الكتابة سنة على حدتها . وأما الأجل فإنهم اتفقوا على أنه يجوز أن تكون مؤجلة ، واختلفوا في هل تجوز حالَّة ، وذلك أيضًا بعد اتفاقهم على أنها تجوز حالَّة على مال موجود عند العبد ، وهي التي يسمونها قطاعة لا كتابة . وأما الكتابة فهي التي يشتري العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه .

فموضع الخلاف إنما هو هل يجوز أن يشتري نفسه من سيده بمال حالّ ليس هو بيده ؟ فقال الشافعي : هذا الكلام لغو ، وليس يلزم السيد شيء منه ، وقال متأخرو أصحاب مالك : قد لزمت الكتابة للسيد ويرفعه العبد إلى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد . وعمدة المالكية أن السيد قد أوجب لعبده الكتابة ، إلا أنه اشترط فيها شرطًا يتعذر غالبًا ، فصح العقد وبطل الشرط . وعمدة الشافعية أن الشرط الفاسد يعود ببطلان أصل العقد كمن باع جاريته واشترط أن لا يطأها ، وذلك أنه إذا لم يكن له مال حاضر أدى إلى عجزه ، وذلك ضد مقصود الكتابة . وحاصل قول المالكية يرجع إلى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجمة ، وأنه إذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد . واتفقوا على أنه إذا قال السيد لعبده : لقد كاتبتك على ألف درهم فإذا أديتها فأنت حر ، أنه إذا أداها حر . واختلفوا إذا قال له : قد كاتبتك على ألف درهم وسكت هل يكون حرًا دون أن يقول له : فاذا أديتها فأنت حر ؟ فقال مالك وأبو حنيفة : هو حر ؛ لأن اسم الكتابة لفظ شرعي ، فهو يتضمن جميع أحكامه ، وقال قوم : لا يكون حرًا حتى يصرح بلفظ الأداء . واختلف في ذلك قول الشافعي . ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ومالك فيمن قال لعبده : أنت حر وعليك ألف دينار ، فاختلف المذهب في ذلك ، فقال مالك : يلزمه

وهو حر ، وقال ابن القاسم : هو حر ولا يلزمه . وأما إن قال : أنت حر على أن عليك ألف دينار ، فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك : هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء ، وقيل : العبد بالخيار ، فإن اختار الحرية لزمه المال ونفذت الحرية وإلا بقي عبدًا ، وقيل : إن قبل كانت كتابة يعتق إذا أدى ، والقولان لابن القاسم ، وتجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود ، وتجوز عنده الكتابة المطلقة ، ويرد إلى أن كتابة مثله كالحال في النكاح ، وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد ، أعني : كتابة مثله في الزمان والثمن ، ومن هنا قيل : إنه تجوز عنده الكتابة الحالَّة . واختلف هل من شرط هذا العقد أن يضع السيد من آخر أنجم الكتابة شيئًا عن المكاتب لاختلافهم في مفهوم قوله تعالى : ﴿ **وآتُوهُمْ مِنْ مالِ اللّهِ الَّذِي آتاكُمْ** ﴾[1] وذلك أن بعضهم رأى أن السادة هم المخاطبون بهذه الآية ، ورأى بعضهم أنهم جماعة المسلمين ندبوا لعون المكاتبين ، والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب أو على الندب ؟ والذين قالوا بذلك اختلفوا في القدر الواجب ، فقال بعضهم : ما ينطلق عليه اسم شيء ، وبعضهم حده .

وأما المكاتب ففيه مسائل : **إحداها** : هل تجوز كتابة المراهق ؟ وهل يجمع في الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد ؟ وهل تجوز كتابة من يملك في العبد بعضه بغير إذن شريكه ؟ وهل تجوز كتابة من لا يقدر على السعي ؟ وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق ؟ فأما كتابة المراهق القوي على السعي الذي لم يبلغ الحلم ، فأجازها أبو حنيفة ، ومنعها الشافعي إلا للبالغ ، وعن مالك القولان جميعًا .

فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود . وعمدة من لم يشترطه أنه يجوز بين السيد وعبده ما لا يجوز بين الأجانب ، وأن المقصود من ذلك هو القوة على السعي ، وذلك موجود في غير البالغ . وأما هل يجمع في الكتابة الواحدة

---

(١) النور : الآية (٣٣) .

أكثر من عبد واحد ؟ فإن العلماء اختلفوا في ذلك ، ثم إذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحد منهم إلا بعتق جميعهم ؟ فيه أيضًا خلاف . فأما هل يجوز الجمع ؟ فإن الجمهور على جواز ذلك ، ومنعه قوم ، وهو أحد قولي الشافعي . وأما هل يكون بعضهم حملاء عن بعض ؟ فَإن فيه لمن أجاز الجمع ثلاثة أقوال : فقالت طائفة : ذلكَ واجب بمطلق عقد الكتابة ، أعني حمالة بعضهم عن بعض ، وبه قال مالك وسفيان ، وقال آخرون : لا يلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، وقال الشافعي : لا يجوز ذلك لا بالشرط ولا بمطلق العقد ، ويعتق كل واحد منهم إذا أدى قدر حصته . فعمدة من منع الشركة ما في ذلك من الغرر ؛ لأن قدر ما يلزم واحدًا واحدًا من ذلك مجهول .

وعمدة من أجازه أن الغرر اليسير يستخف في الكتابة ؛ لأنه بين السيد وعبده ، والعبد وماله لسيده . وأما مالك فحجته أنه لما كانت الكتابة واحدة وجب أن يكون حكمهم كحكم الشخص الواحد .

وعمدة الشافعية أن حمالة بعضهم عن بعض لا فرق بينها وبين حمالة الأجنبيين ، فمن رأى أن حمالة الأجنبيين في الكتابة لا تجوز ، قال : لا تجوز في هذا الموضع . وإنما منعوا حمالة الكتابة ؛ لأنه إذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شيء يرجع عليه ، وهذا كأنه ليس يظهر في حمالة العبيد بعضهم عن بعض ، وإنما الذي يظهر في ذلك أن هذا الشرط هو سبب ؛ لأن يعجز من يقدر على السعي بعجز من لا يقدر عليه ، فهو غرر خاص بالكتابة ، إلا أن يقال أيضًا : إن الجمع يكون سببًا ؛ لأن يخرج حرًا من لا يقدر من نفسه أن يسعى حتى يخرج حرًا فهو كما يعود برق من يقدر على السعي ، كذلك يعود بحرية من لا يقدر على السعي . وأما أبو حنيفة فشبهها بحمالة الأجنبي مع الأجنبي في الحقوق التي تجوز فيها الحمالة فألزمها بالشرط ، ولم يلزمها بغير شرط ، وهو مع هذا أيضًا

لا يجبر حمالة الكتابة .

وأما العبد بين الشريكين فإن العلماء اختلفوا هل لأحدهما أن يكاتب نصيبه دون إذن صاحبه ، فقال بعضهم : ليس له ذلك والكتابة مفسوخة ، وما قبض منها هي بينهم على قدر حصصهم ، وقالت طائفة : لا يجوز أن يكاتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه ، وفرقت فرقة فقالت : يجوز بإذن شريكه ولا يجوز بغير إذن شريكه ، وبالقول الأول قال مالك ، وبالثاني قال ابن أبي ليلى وأحمد ، وبالثالث قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وله قول آخر مثل قول مالك .

وعمدة مالك أنه لو جاز ذلك لأدى إلى أن يعتق العبد كله بالتقويم على الذي كاتب حظه منه ، وذلك لا يجوز إلا في تبعيض العتق ، ومن رأى أن له أن يكاتبه رأى أن عليه أن يتم عتقه إذا أدى الكتابة إذا كان موسرًا ، فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج بأصل لا يوافقه عليه الخصم ، لكن ليس يمنع من صحة الأصل ألّا يوافقه عليه الخصم . وأما اشتراط الإذن فضعيف ، وأبو حنيفة يرى في كيفية أداء المال للمكاتب إذا كانت الكتابة عن إذن شريكه أن كل ما أدى للشريك الذي كاتبه يأخذ منه الشريك الثاني نصيبه ، ويرجع بالباقي على العبد فيسعى له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه ، وهذا فيه بعد عن الأصول . وأما هل تجوز مكاتبة من لا يقدر على السعي ؟ فلا خلاف فيما أعلم بينهم أن شرط المكاتب أن يكون قويًا على السعي لقوله تعالى : ﴿ **إن علمتم فيهم خيرًا** ﴾[1] . وقد اختلف العلماء ما الخير الذي اشترطه الله في المكاتبين في قوله : ﴿ **إن علمتم فيهم خيرًا** ﴾[1] فقال الشافعي : الاكتساب والأمانة ، وقال بعضهم : المال والأمانة ، وقال آخرون : الصلاح والدين . وأنكر بعض العلماء أن يكاتب من

---

(١) النور : الآية (٣٣) .

لا حرفة له مخافة السؤال ، وأجاز ذلك بعضهم لحديث بريرة[1] « أنها كوتبت أن تسأل الناس » وكره أن تكاتب الأمة التي لا اكتساب لها بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة إلى الزنا ، وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق إلا أم الولد إذ ليس له عند مالك أن يستخدمها .

---

(١) أخرجه البخاري (٥ /١٨٧ رقم ٢٥٦١) ، ومسلم (٢ /١١٤١ رقم ٦ /١٥٠٤) ، من حديث عائشة : أن بريرة جاءت تستعينها في كتابتها و لم تكن قضت من كتابتها شيئاً . فقالت لها عائشة : ارجعي إلى أهلك فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك ويكون ولاؤك لي فعلتُ .. الحديث .
وفيه : أنها جاءت تسأل وقد اطلع النبي ﷺ على ذلك وأقرها . أما كونها كوتبت على هذا الشرط فلم أجده .

○ القول في المكاتب ○

وأما المكاتب فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكًا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم . واختلفوا هل للمكاتب أن يكاتب عنده أم لا ؟ وسيأتي هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لا يجوز ، ولم يجز مالك أن يكاتب العبد المأذون له في التجارة ؛ لأن الكتابة عتق ولا يجوز له أن يعتق ، وكذلك لا يجوز كتابة من أحاط الدين بماله ، إلا أن يجيز الغرماء ذلك إذا كان في ثمن كتابته إن بيعت[1] مثل ثمن رقبته . وأما كتابة المريض ، فإنها عنده في الثلث توقف حتى يصح فتجوز أو يموت فتكون من الثلث كالعتق سواء ، وقد قيل : إن حابى كان كذلك وإن لم يحاب سعى ، فإن أدى وهو في المرض عتق ، وتجوز عنده كتابة النصراني المسلم ويباع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده ، فهذه هي مشهورات المسائل التي تتعلق بالأركان ، أعني : المكاتِب والمكاتَب والكِتابة . وأما الأحكام فكثيرة ، وكذلك الشروط التي لا تجوز فيها من التي لا تجوز . ويشبه أن تكون أجناس الأحكام الأولى في هذا العقد هو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق ، وكيف حاله إن مات قبل أن يعتق أو يرق ؟ ، ومن يدخل معه في حال الكتابة ممن لا يدخل ؟ ، وتمييز ما بقي عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه ؟ فلنبدأ بذكر مسائل الأحكام المشهورة التي في جنس من هذه الأجناس الخمسة .

---

(١) هكذا ببعض النسخ ، وفي بعضها إسقاط لفظ : إن بيعت . اهـ مصححه .

○ الجنس الأول ○

فأما متى يخرج من الرق ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يخرج من الرق إذا أدى جميع الكتابة ، واختلفوا إذا عجز عن البعض وقد أدى البعض ، فقال الجمهور : هو عبد ما بقي من كتابته شيء ، وإنه يرق إذا عجز عن البعض .

وروي عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذي عليه الجمهور أقوال أربعة :

أحدها : أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة .

والثاني : أنه يعتق منه بقدر ما أدى .

والثالث : أنه يعتق إن أدى النصف فأكثر .

والرابع : إن أدى الثلث وإلا فهو عبد .

وعمدة الجمهور ما خرجه أبو داود[1] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : «أَيُّمَا عَبدٍ كاتَبَ عَلى مائةِ أوقِيَّةٍ فأداها إلا عَشَرَةَ أَوَاقٍ فَهُوَ عَبْدٌ ، وأَيُّمَا عَبدٍ كاتَبَ عَلى مائةِ دينارٍ فأَدَّاها إلَّا عَشَرَةً فَهُوَ عَبْدٌ » .

---

(١) في السنن (٤ /٢٤٤ رقم ٣٩٢٧) .
قلت : وأخرجه الترمذي (٣ /٥٦١ رقم ١٢٦٠) ، وابن ماجه (٢ /٨٤٢ رقم ٢٥١٩) ، وأحمد (٢ /١٨٤) ، والدارقطني (٤ /١٢١ رقم ١) ، والحاكم (٢ /٢١٨) ، والبيهقي (١٠ /٣٢٣، ٣٢٤) من طرق كثيرة .
عن عمروْ بن شعيب عن أبيه عن جده .
قال الترمذي : حديث حسن غريب .
وحسنه الألباني في الإرواء (رقم : ١٦٧٤)

وعمدة من رأى أنه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهه إياه بالبيع ، فكأن المكاتب اشترى نفسه من سيده ، فإن عجز لم يكن له إلا أن يتبعه بالمال ، كما لو أفلس من اشتراه منه إلى أجل وقد مات . وعمدة من رأى أنه يعتق منه بقدر ما أدى ما رواه يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « يُؤَدِّي المُكَاتَبُ بِقَدْرِ ما أَدَّى دِيَةَ حُرٍّ وَبِقَدْرِ ما رُقَّ مِنْهُ دِيَةَ عَبْدٍ » خرجه النسائي[1] ، والخلاف فيه من قبل عكرمة ، كما أن الخلاف في أحاديث عمرو بن شعيب من قبل أنه روى من صحيفة ، وبهذا القول قال علي ، أعني : بحديث ابن عباس ، وروي عن عمر بن الخطاب أنه إذا أدى الشطر عتق . وكان بن مسعود يقول : إذا أدى الثلث . وأقوال الصحابة وإن لم تكن حجة ، فالظاهر أن التقدير إذا صدر منهم أنه محمول على أن في ذلك سنة بلغتهم .

وفي المسألة قول خامس : إذا أدى الثلاثة الأرباع عتق ، وبقي عديما في باقي المال . وقد قيل : إن أدى القيمة فهو غريم ، وهو قول عائشة وابن عمر وزيد ابن ثابت . والأشهر عن عمر وأم سلمة هو مثل قول الجمهور ، وقول هؤلاء هو الذي اعتمده فقهاء الأمصار ، وذلك أنه صحت الرواية في ذلك عنهم صحة لا شك فيها ، روى ذلك مالك في موطئه ، وأيضًا فهو أحوط لأموال السادات ؛ ولأن في المبيعات يرجع في عين المبيع له إذا أفلس المشتري .

---

(١) في السنن (٨ /٤٥ -٤٦) .
قلت : وأخرجه أبو داود (٤ /٧٠٦ رقم ٤٥٨٢) ، وابن الجارود (رقم ٩٨٢) ، والحاكم (٢ /٢١٨) ، والبيهقي (١٠ /٣٢٦) ، والدارقطني (٣ /١٩٩) ، وابن أبي عاصم في « الديات » صـ٩٩ . والطيالسي (١ /٢٤٥ رقم ١٢٠٩ - منحة المعبود) ، والطبراني في الكبير (١١ /٣٥٢ رقم ١١٩٩١) ، وعبد الرزاق في المصنف (٨ /٤٠٩) ، وأحمد (١ /٢٢٢، ٢٢٦، ٢٦٠، ٢٩٢، ٣٦٣) من طرق .
وقال الحاكم : صحيح على شرط البخاري وأقره الذهبي .
قلت : وهو حديث صحيح .

○ الجنس الثاني ○

وأما متى يرق ، فإنهم اتفقوا على أنه إنما يرق إذا عجز إما عن البعض وإما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم . واختلفوا هل للعبد أن يعجز نفسه إذا شاء من غير سبب ، أم ليس له ذلك إلا بسبب ؟ فقال الشافعي : الكتابة عقد لازم في حق العبد[1] وهي في حق السيد غير لازمة ، وقال مالك وأبو حنيفة : الكتابة عقد لازم من الطرفين أي : بين العبد والسيد . وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن العبد والسيد لا يخلو أن يتفقا على التعجيز أو يختلفا ، ثم إذا اختلفا فإما أن يريد السيد التعجيز ويأباه العبد ، أو بالعكس ، أعني أن يريد به السيد البقاء على الكتابة ، ويريد العبد التعجيز .

فأما إذا اتفقا على التعجيز فلا يخلو الأمر من قسمين : أحدهما أن يكون دخل في الكتابة ولد أو لا يكون ، فإن كان دخل ولد في الكتابة فلا خلاف عنده أنه لا يجوز التعجيز . وإن لم يكن له ولد ففي ذلك روايتان : إحداهما أنه لا يجوز إذا كان له مال ، وبه قال أبوحنيفة ، والأخرى أنه يجوز له ذلك . فأما إن طلب العبد التعجير وأبى السيد لم يكن ذلك للعبد إن كان معه مال أو كانت له قوة على السعي . وأما إن أراد السيد التعجيز وأباه العبد ، فإنه لا يعجزه عنده إلا بحكم حاكم ، وذلك بعد أن يثبت السيد عند الحاكم أنه لا مال له ولا قدرة على الأداء .

---

(١) هكذا بالنسخ ، والمشهور من مذهب الشافعي عكس ما يقوله . وربما دل له ما يأتي من الاستدلال . تأمل اهـ مصححه .

ونرجع إلى عمدة أدلتهم في أصل الخلاف في المسألة ، فعمدة الشافعي ما روي أن بريرة جاءت إلى عائشة تقول لها : « إني أريد أن تشتريني وتعتقيني ، فقالت لها : إن أراد أهلك ، فجاءت أهلها فباعوها وهي مكاتبة » خرجه البخاري[1] وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود اللازمة ؛ ولأن حكم العبد في هذا المعنى يجب أن يكون كحكم السيد ، وذلك أن العقود من شأنها أن يكون اللزوم فيها أو الخيار مستويا في الطرفين ، وأما أن يكون لازمًا من طرف وغير لازم من الطرف الثاني فخارج عن الأصول ، وعللوا حديث بريرة بأن الذي باع أهلها كانت كتابتها لا رقبتها . والحنفية تقول : لما كان المغلب في الكتابة حق العبد ، وجب أن يكون العقد لازما في حق الآخر المغلب عليه وهو السيد أصله النكاح ؛ لأنه غير لازم في حق الزوج لمكان الطلاق الذي بيده وهو لازم في حق الزوجة ، والمالكية تعترض هذا بأن تقول : إنه عقد لازم فيما وقع به العوض ، إذ كان ليس له أن يسترجع الصداق .

---

(١) تقدم تخريجه .

○ الجنس الثالث ○

وأما حكمه إذا مات قبل أن يؤدي الكتابة ، فاتفقوا على أنه إذا مات دون ولد قبل أن يؤدي من الكتابة شيئًا أنه يرق . واختلفوا إذا مات عن ولد فقال مالك : حكم ولده كحكمه ، فإن ترك مالا فيه وفاء للكتابة أدوه وعتقوا ، وإن لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعي بقوا على نجوم أبيهم حتى يعجزوا أو يعتقوا ، وإن لم يكن عندهم لا مال ولا قدرة على السعي رقوا ، وأنه إن فضل عن الكتابة شيء من ماله ورثوه على حكم ميراث الأحرار ، وأنه ليس يرثه إلا ولده الذين هم في الكتابة معه دون سواهم من وارثيه إن كان له وارث غير الولد الذي معه في الكتابة . وقال أبو حنيفة : إنه يرثه بعد أداء كتابته من المال الذي ترك جميع أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة وأولاده الأحرار وسائر ورثته . وقال الشافعي : لا يرثه بنوه الأحرار ولا الذين كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة ، وماله لسيده ، وعلى أولاده الذين كاتب عليهم أن يسعوا من الكتابة في مقدار حظوظهم منها ، وتسقط حصة الأب عنهم ، وبسقوط حصة الأب عنهم قال أبوحنيفة وسائر الكوفيين .

والذين قالوا بسقوطها ، قال بعضهم : تعتبر القيمة ، وهو قول الشافعي ، وقيل : بالثمن ، وقيل : حصته على مقدار الرءوس .

وإنما قال هؤلاء بسقوط حصة الأب عن الأبناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا في الكتابة ؛ لأن من ولد له أولاد في الكتابة فهم تبع لأبيهم .

وعمدة مالك أن المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض ، ولذلك

من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقي .

وعمدة الفريق الثاني أن الكتابة لا تضمن . وروى مالك عن عبد الملك ابن مروان في موطئه مثل قول الكوفيين .

وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب ؟ فعند مالك أنه يموت مكاتبًا ، وعند أبي حنيفة أنه يموت حرا ، وعند الشافعي أنه يموت عبدًا . وعلى هذه الأصول بنوا الحكم فيه .

فعمدة الشافعية أن العبودية والحرية ليس بينهما وسط ، وإذا مات المكاتب فليس حرًا بعد ؛ لأن حريته إنما تجب بأداء كتابته وهو لم يؤدها بعد ، فقد بقي أنه مات عبدًا ؛ لأنه لا يصح أن يعتق الميت .

وعمدة الحنفية أن العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذي كاتب عليه ؛ لأنه ليس له أن يرق نفسه ، والحرية يجب أن تكون حاصلة له بوجود المال لا بدفعه إلى السيد . وأما مالك فجعل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهي الكتابة ؛ فمن حيث لم يورث أولاده الأحرار منه جعل له حكم العبيد ، ومن حيث لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الأحرار ، والمسألة في حد الاجتهاد .

ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم في أم ولد المكاتب إذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدرون على السعي وأرادت الأم أن تسعى عليهم ، فقال مالك : لها ذلك ، وقال الشافعي والكوفيون : ليس لها ذلك . وعمدتهم أن أم الولد إذا مات المكاتب مال من مال السيد ، وأما مالك فيرى أن حرمة الكتابة التي لسيدها صائرة إليها وإلى بنيها . ولم يختلف قول مالك أن المكاتب إذا ترك بنين صغارًا لا يستطيعون السعي ، وترك أم ولد لا تستطيع السعي أنها تباع ويؤدى منها باقي الكتابة . وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن أنه لا يجوز بيع المكاتب لأم ولده ،

ويجوز عند أبي حنيفة والشافعي . واختلف أصحاب مالك في أم ولد المكاتب إذا مات المكاتب وترك بنين ووفاه كتابته ، هل تعتق أم ولده أم لا ؟ فقال ابن القاسم : إذا كان معها ولد عتقت وإلا رقت ، وقال أشهب : تعتق على كل حال ، وعلى أصل الشافعي كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون في أداء ما عليه من كتابته كانوا معه في عقد الكتابة ، أو كانوا ولدوا في الكتابة ، وإنما عليهم السعي ، وعلى أصل أبي حنيفة يكون حرًّا ولا بد ، ومذهب ابن القاسم كأنه استحسان .

○ الجنس الرابع ○

وهو النظر فيمن يدخل معه في عقد الكتابة ومن لا يدخل .

واتفقوا من هذا الباب على أن ولد المكاتب لا يدخل في كتابة المكاتب إلا بالشرط ؛ لأنه عبد آخر لسيدهُ . وكذلك اتفقوا على دخول ما ولد له في الكتابة فيها . واختلفوا في أم الولد على ما تقدم . وكذلك اختلفوا في دخول ماله أيضًا بمطلق العقد ، فقال مالك : يدخل ماله في الكتابة ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يدخل ، وقال الأوزاعي : يدخل بالشرط ، أعني : إذا اشترطه المكاتب ، وهذه المسألة مبنية على : هل يملك العبد أم لا يملك ، وعلى هل يتبعه ماله في العتق أم لا ؟ وقد تقدم ذلك .

○ الجنس الخامس ○

وهو النظر فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر ، وما بقي من أحكام العبد فيه .

فنقول : إنه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب أن يهب من ماله شيئًا له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير إذن سيده ، فإنه محجور عليه في هذه الأمور وأشباهها ، أعني : أنه ليس له أن يخرج من يده شيئًا من غير عوض . واختلفوا من هذا الباب في فروع منها ، أنه إذا لم يعلم السيد بهبته أو بعتقه إلا بعد أداء كتابته ، فقال مالك وجماعة من العلماء : إن ذلك نافذ ومنعه بعضهم .

وعمدة من منعه أن ذلك وقع في حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان فاسدا .

وعمدة من أجازه أن السبب المانع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة أن يعجز العبد .

وسبب اختلافهم هل إذن السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط صحته ؟ فمن قال من شرط الصحة لم يجزه وإن عتق ، ومن قال من شرط لزومه قال يجوز إذا عتق ؛ لأنه وقع عقدًا صحيحا ، فلما ارتفع الإذن المرتقب فيه صح العقد كما لو أذن هذا كله عند من أجاز عتقه إذا أذن السيد ، فإن الناس اختلفوا أيضًا في ذلك بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز عتقه إذا لم يأذن السيد ، فقال قوم : ذلك جائز ، وقال قوم : لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، وبالجواز قال مالك ، وعن الشافعي في ذلك القولان جميعًا . والذين أجازوا ذلك اختلفوا في ولاء المعتق

لمن يكون ، فقال مالك : إن مات المكاتب قبل أن يعتق كان ولاء عبده لسيده ، وإن مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له ، وقال قوم من هؤلاء : بل ولاؤه على كل حال لسيده . وعمدة من لم يجز عتق المكاتب أن الولاء يكون للمعتق ، لقوله ﷺ : « إنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أعْتَقَ »[1] ولا ولاء للمكاتب في حين كتابته فلم يصح عتقه . وعمدة من رأى أن الولاء للسيد أن عبد عبده بمنزلة عبده ، ومن فرق بين ذلك فهو استحسان . ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب أن ينكح أو يسافر بغير إذن سيده ؟ فقال جمهورهم : ليس له أن ينكح إلا بإذن سيده ، وأباح بعضهم النكاح له . وأما السفر فأباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم ، وبه قال مالك وأباحه سحنون من أصحاب مالك ، ولم يجز للسيد أن يشترطه على المكاتب ، وأجازه ابن القاسم في السفر القريب .

والعلة في منع النكاح أنه يخاف أن يكون ذلك ذريعة إلى عجزه . والعلة في جواز السفر أن به يقوى على التكسب في أداء كتابته .

وبالجملة فللعلماء في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

أحدها : أن للمكاتب أن يسافر بإذن سيده وبغير إذنه ، ولا يجوز أن يشترط عليه **ألَّا** يسافر ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

القول الثاني : إنه ليس له أن يسافر إلا بإذنه ، وبه قال مالك .

والثالث : أن بمطلق عقد الكتابة له أن يسافر إلا أن يشترط عليه سيده **ألَّا** يسافر ، وبه قال أحمد والثوري وغيرهما . ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب أن يكاتب عبداً له ؟ فأجاز ذلك مالك مالم يرد به المحاباة وبه قال أبو حنيفة والثوري . وللشافعي قولان : أحدهما إثبات الكتابة ، والآخر إبطالها . وعمدة الجماعة أنها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح فأشبه سائر العقود المباحة من البيع والشراء . وعمدة الشافعية أن الولاء لمن أعتق ولا ولاء

(١) تقدم تخريجه قريباً .

للمكاتب ؛ لأنه ليس بحر . واتفقوا على أنه لا يجوز للسيد انتزاع شيء من ماله ولا الانتفاع منه بشيء . واختلفوا في وطء السيد أمته المكاتبة ، فصار الجمهور إلى منع ذلك ، وقال أحمد وداود وسعيد بن المسيب من التابعين ذلك جائز إذا اشترطه عليها . وعمدة الجمهور أنه وطء تقع الفرقة فيه إلى أجل آت فأشبه النكاح إلى أجل . وعمدة الفريق الثاني تشبيهها بالمدبرة . وأجمعوا على أنها إن عجزت حل وطؤها . واختلف الذين منعوا ذلك إذا وطئها هل عليه حد أم لا ؟ فقال جمهورهم : لا حد عليه ؛ لأنه وطء بشبهة ، وقال بعضهم : عليه الحد . واختلفوا في إيجاب الصداق لها ، والعلماء فيما أعلم على أنه في أحكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك مما يختص به العبيد . ومن هذا الباب اختلافهم في بيعه ، فقال الجمهور : لا يباع المكاتب إلا بشرط أن يبقى على كتابته عند مشتريه ، وقال بعضهم : بيعه جائز مالم يؤد شيئاً من كتابته ؛ لأن بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها شيئاً ، وقال بعضهم : إذا رضي المكاتب بالبيع جاز ، وهو قول الشافعي ؛ لأن الكتابة عنده ليست بعقد لازم في حق العبد ، واحتج بحديث بريرة إذ بيعت وهي مكاتبة . وعمدة من لم يجز بيع المكاتب ما في ذلك من نقض العهد ، وقد أمر الله تعالى بالوفاء به ، وهذه المسألة مبنية على هل الكتابة عقد لازم أم لا ؟ وكذلك اختلفوا في بيع الكتابة ، فقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يجوز ذلك ، وأجازها مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ، ومن أجاز ذلك شبه بيعها ببيع الدين ، ومن لم يجز ذلك رآه من باب الغرر ، وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة في الدين ، وفي ذلك أثر عن النبي ﷺ ، أعني : في الشفعة في الدين ، ومذهب مالك في بيع الكتابة أنها إن كانت بذهب أنها تجوز بعرض معجل لا مؤجل لما يدخل في ذلك من الدين بالدين . وإن كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب أو فضة معجلين أو بعرض مخالف ، وإذا أعتق فولاؤه للمكاتب لا للمشتري . ومن هذا الباب

اختلافهم هل للسيد أن يجبر العبد على الكتابة أم لا ؟

وأما شروط الكتابة : فمنها شرعية هي من شروط صحة العقد ، وقد تقدمت عند ذكر أركان الكتابة . **ومنها** شروط بحسب التراضي ، وهذه الشروط منها ما يفسد العقد ، **ومنها** ما إذا تمسك به أفسدت العقد وإذا تركت صح العقد ، ومنها شروط جائزة غير لازمة ، **ومنها** شروط لازمة ، وهذه كلها هي مبسوطة في كتب الفروع ، وليس كتابنا هذا كتاب فروع ، وإنما هو كتاب أصول . والشروط التي تفسد العقد بالجملة هي الشروط التي هي ضد شروط الصحة المشروعة في العقد .

والشروط الجائزة هي التي لا تؤدي إلى إخلال بالشروط المصححة للعقد **ولا تلازمها** ، فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها وإنما يختلفون في الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط من شروط الصحة أو ليس منها ، وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من إخلالها بشروط الصحة ، ولذلك جعل مالك جنساً ثالثاً من الشروط ، وهي الشروط التي إن تمسك بها المشترط فسد العقد ، وإن لم يتمسك بها جاز ، وهذا ينبغي أن تفهمه في سائر العقود الشرعية .

فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب إذا اشترط في الكتابة شرطاً من خدمة أو سفر أو نحوه وقوي على أداء نجومه قبل محل أجل الكتابة هل يعتق أم لا ؟ فقال مالك وجماعة : ذلك الشرط باطل ، ويعتق إذا أدى جميع المال ، وقالت طائفة : لا يعتق حتى يؤدي جميع المال ، ويأتي بذلك الشرط وهو مروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أعتق رقيق الإمارة وشرط عليهم أن يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين . ولم يختلفوا أن العبد إذا أعتقه سيده على أن يخدمه سنين أنه لا يتم عتقه إلا بخدمة تلك السنين ، ولذلك القياس قول من قال : إن الشرط لازم . فهذه المسائل الواقعة المشهورة في أصول هذا الكتاب .

وهٰــهنا مسائل تذكر في هذا الكتاب وهي من كتب أخرى ، وذلك أنها إذا ذكرت في هذا الكتاب ذكرت على أنها فروع تابعة للأصول فيه ، وإذا ذكرت في غيره ذكرت على أنها أصول ، ولذلك كان الأولى ذكرها في هذا الكتاب . فمن ذلك اختلافهم إذا زوج السيد بنته من مكاتبه ، ثم مات السيد وورثته البنت ، فقال مالك والشافعي : ينفسخ النكاح ؛ لأنها ملكت جزءًا منه ، وملك يمين المرأة محرم عليها بإجماع ، وقال أبو حنيفة : يصح النكاح ؛ لأن الذي ورثت إنما هو مال في ذمة المكاتب لا رقبة المكاتب ، وهذه المسألة هي أحق بكتاب النكاح .

ومن هذا الباب اختلافهم إذا مات المكاتب وعليه دين وبعض الكتابة هل يحاص سيده الغرماء أم لا ؟ فقال الجمهور : لا يحاص الغرماء ، وقال شريح وابن أبي ليلى وجماعة : يضرب السيد مع الغرماء .

وكذلك اختلفوا إذا أفلس وعليه دين يغترق ما بيده ، هل يتعدى ذلك إلى رقبته ؟ فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : لا سبيل لهم إلى رقبته ، وقال الثوري وأحمد : يأخذونه إلا أن يفتكه السيد . واتفقوا على أنه إذا عجز عن عقل الجنايات أنه يسلم فيها إلا أن يعقل عنه سيده ، والقول في هل يحاص سيده الغرماء أو لا يحاص هو من كتاب التفليس ، والقول في جنايته هو من باب الجنايات .

ومن مسائل الأقضية التي هي فروع في هذا الباب وأصل في باب الأقضية اختلافهم في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب في مال الكتابة ، فقال مالك وأبو حنيفة : القول قول المكاتب : وقال الشافعي ومحمد وأبو يوسف يتحالفان ويتفاسخان قياسًا على المتبايعين ، وفروع هذا الباب كثيرة ، لكن الذي حضر منها الآن في الذكر هو ما ذكرناه ، ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الأمصار وهي قريبة من المسموع ، فينبغي أن تثبت في هذا الموضع إذ كان القصد إنما هو إثبات المسائل المشهورة التي وقع الخلاف فيها بين

فقهاء الأمصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وذلك أن قصدنا في هذا الكتاب كما قلنا غير مرة : إنما هو أن نثبت المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والمختلف فيها ، ونذكر من المسائل المسكوت عنها التي شهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار ، فإن معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجري للمجتهد مجرى الأصول في المسكوت عنها وفي النوازل التي لم يشتهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم أو لم ينقل ، ويشبه أن يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم أصول الأسباب التي أوجبت خلاف الفقهاء فيها أن يقول ما يجب في نازلة نازلة من النوازل ، أعني : أن يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الأمصار ، أعني : في المسألة الواحدة بعينها ، ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف ، وذلك إذا نقل عنه في ذلك فتوى . فأما إذا لم ينقل عنه في ذلك فتوى أو لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الأصول فيمكنه أن يأتي بالجواب بحسب أصول الفقيه الذي يفتي على مذهبه ، وبحسب الحق الذي يؤديه إليه اجتهاده ، ونحن نروم إن شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع في مذهب مالك كتابًا جامعًا لأصول مذهبه ومسائلة المشهورة التي تجري في مذهبه مجرى الأصول للتفريع عليها ، وهذا هو الذي عمله ابن القاسم في المدونة ، فإنه جاوب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الأصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد في الأحكام والفتوى ، بيد أن في قوة هذا الكتاب أن يبلغ به الإنسان كما قلنا رتبة الاجتهاد إذا تقدم ، فعلم من اللغة العربية وعلم من أصول الفقه ما يكفيه في ذلك ، ولذلك رأينا أن أخص الأسماء بهذا الكتاب أن نسميه كتاب :

[بداية المجتهد وكفاية المقتصد]



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٥٦ - كتاب التدبير □

والنظر في التدبير : في أركانه ، وفي أحكامه . أما الأركان فهي أربعة : والمعنى، واللفظ، والمدبَّر والمدبِّر. وأما الأحكام فصنفان : أحكام العقد ، وأحكام المدبر .



• الركن الأول :

فنقول : أجمع المسلمون على جواز التدبير ، وهو أن يقول السيد لعبده : أنت حر عن دبر مني ، أو يطلق فيقول : أنت مدبر ، وهذان هما عندهم لفظا التدبير باتفاق . والناس في التدبير والوصية على صنفين : منهم من لم يفرق بينهما ، ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بأن جعل التدبير لازمًا والوصية غير لازمة . والذين فرقوا بينهما اختلفوا في مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية ؟ أو حكم التدبير ؟ أعني : إذا قال : أنت حر بعد موتي ، فقال مالك : إذا قال وهو صحيح : أنت حر بعد موتي فالظاهر أنه وصية ، والقول قوله في ذلك ، ويجوز رجوعه فيها إلا أن يريد التدبير . وقال أبو حنيفة : الظاهر من هذا القول التدبير وليس له أن يرجع فيه ، وبقول مالك قال ابن القاسم ، وبقول أبي حنيفة قال أشهب قال : إلا أن يكون هنالك قرينة تدل على الوصية ، مثل أن يكون على سفر أو يكون مريضًا ، وما أشبه ذلك من الأحوال التي جرت العادة أن يكتب الناس فيها وصاياهم ، فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير ، وهو الشافعي ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من ألفاظ صريح التدبير ، وأما على مذهب من يفرق فهو إما من كنايات التدبير ، وإما ليس من كناياته ولا من صريحه ، وذلك أن ما يحمله على الوصية فليس هو عنده من كناياته ولا من صريحه ، ومن يحمله على التدبير وينويه في الوصية فهو عنده من كناياته . وأما المدبر فإنهم اتفقوا على أن الذي يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملك كله أو بعضه . واختلفوا في حكم من ملك بعضا فدبره ، فقال مالك : يجوز ذلك ، وللذي لم يدبر حظه خياران :

أحدهما : أن يتقاوماه ، فإن اشتراه الذي دبره كان مدبرًا كله ، وإن لم

يشتره انتقض التدبير .

والخيار الثاني : أن يقومه عليه الشريك ، وقال أبو حنيفة : للشريك الذي لم يدبر ثلاثة خيارات : إن شاء استمسك بحصته ، وإن شاء استسعى العبد في قيمة الحصة التي له فيه وإن شاء قومها على شريكه إن كان موسرًا ، وإن كان معسرًا استسعى العبد ، وقال الشافعي : يجوز التدبير ولا يلزم شيء من هذا كله ، ويبقى العبد المدبر نصفه أو ثلثه على لما هو عليه ، فإذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقي منه على السيد على ما يفعل في سنة العتق ؛ لأن المال قد صار لغيره وهم الورثة ، وهذه المسألة هي من الأحكام لا من الأركان ، أعني : أحكام المدبر فلتثبت في الأحكام . وأما المدبر فاتفقوا على أن من شروطه أن يكون مالكًا تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحًا أو مريضًا ، وإن من شرطه أن لا يكون ممن أحاط الدين بماله ؛ لأنهم اتفقوا على أن الدين يبطل التدبير . واختلفوا في تدبير السفيه . فهذه هي أركان هذا الباب .

وأما أحكامه فأصولها راجعة إلى أجناس خمسة :

أحدها : مماذا يخرج المدبر ، هل من رأس المال أو الثلث ؟.

والثاني : ما يبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه ، أعني ما دام مدبرا .

والثالث : ما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه .

والرابع : مبطلات التدبير الطارئة عليه .

والخامس : في أحكام تبعيض التدبير .

○ الجنس الأول ○

فأما مماذا يخرج المدبر إذا مات المدبر ؟ ، فإن العلماء اختلفوا في ذلك ، فذهب الجمهور إلى أنه يخرج من الثلث ، وقالت طائفة : هو من رأس المال معظمهم أهل الظاهر ، فمن رأى أنه من الثلث شبهه بالوصية ؛ لأنه حكم يقع بعد الموت وقد روي حديث عن النبي ﷺ أنه قال : « المُدَبَّرُ مِنَ الثُّلُثِ » إلا أنه أثر ضعيف عند أهل الحديث ؛ لأنه رواه علي بن ظَبْيَان عن نافع عن عبد الله بن عمر[1] ، وعلى بن ظَبْيَان متروك الحديث عن أهل الحديث . ومن رآه من رأس المال شبهه بالشيء يخرجه الإنسان من ماله في حياته فأشبه الهبة . واختلف القائلون بأنه من الثلث في فروع ، وهو إذا دبر الرجل غلامًا له في صحته ، وأعتق في مرضه الذي مات عنه غلامًا آخر ، فضاق الثلث عن الجمع بينهما ، فقال مالك : يقدم المدبر ؛ لأنه كان في الصحة ، وقال الشافعي : يقدم المعتق المبتَلّ ؛ لأنه لا يجوز له رده ، ومن أصله أنه يجوز عنده رد التدبير ، وهذه المسألة هى أحق بكتاب الوصايا .

---

(١) قلت : ليس هو من رواية علي بن ظبيان ، عن نافع .
بل من روايته عن عبيد الله بن عمر ، عن نافع ، عن ابن عمر .
أخرجه ابن ماجه (٢ /٨٤٠ رقم ٢٥١٤) ، والدارقطني (٤ /١٣٨ رقم ٤٩) ، والبيهقي (١٠ /٣١٤) ، والخطيب في تاريخ بغداد (١١ /٤٤٤) من طرق عنه .
وهو حديث موضوع . انظر « الضعيفة » للمحدث الألباني (رقم ١٦٤) .

○ وأما الجنس الثاني ○

فأشهر مسألة فيه هي : هل للمدبر أن يبيع المدبر أم لا ؟ فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة : ليس للسيد أن يبيع مدبره، وقال الشافعي وأحمد وأهل الظاهر وأبو ثور : له أن يرجع فيبيع مدبره ، وقال الأوزاعي : لا يباع إلا من رجل يريد عتقه . واختلف أبو حنيفة ومالك من هذه المسألة في فروع وهو إذا بيع فأعتقه المشتري ، فقال مالك : ينفذ العتق ، وقال أبو حنيفة والكوفيون : البيع مفسوخ سواء أعتقه المشتري ، أو لم يعتقه ، وهو أقيس من جهة أنه ممنوع عبادةً فعمدة من أجاز بيعه ما ثبت من حديث جابر[1] «أن النبي ﷺ باع مدبرًا » وربما شبهوه بالوصية . وأما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى : ﴿ **يأيُّها الَّذِينَ آمَنُوا أوْفُوا بالعُقُودِ** ﴾[2] لأنه عتق إلى أجل فأشبه أم الولد أو أشبه العتق المطلق . فكان سبب الاختلاف ههنا معارضة القياس للنص ، أو العموم للخصوص . ولا خلاف بينهم أن المدبر أحكامه في حدوده وطلاقه وشهادته وسائر أحكامه أحكام العبيد . واختلفوا من هذا الباب في جواز وطء المدبرة ، فجمهور العلماء على جواز وطئها ، وروي عن ابن شهاب منع ذلك ، وعن الأوزاعي كراهية ذلك إذا لم يكن وطئها قبل التدبير . وعمدة الجمهور تشبيهها

(١) أخرجه البخاري (٥ /١٦٥ رقم ٢٥٣٤) ، ومسلم (٣ /١٢٨٩ رقم ٥٨ / ٩٩٧) ، وأحمد (٣ /٣٦٩) ، وأبو داود (٤ /٢٦٤ رقم ٣٩٥٥) و (٤ /٢٦٦ رقم ٣٩٥٧) ، والنسائي (٥ /٦٩ – ٧٠) ، وابن ماجه (٢ /٨٤٠ رقم ٢٥١٣) ، والترمذي (٣ /٥٢٣ رقم ١٢١٩) ، والبيهقي (١٠ /٣٠٨) وغيرهم من طرق بألفاظ متعددة ..

(٢) المائدة : الآية (١) .

بأم الولد ، ومن لم يجز ذلك شبهها بالمعتقة إلى أجل ، ومنع وطء المعتقه إلى أجل شبهها بالمنكوحة إلى أجل ، وهي المتعة . واتفقوا على أن للسيد في المدبر الخدمة ، ولسيده أن ينتزع ماله منه متى شاء كالحال في العبد ، وقال مالك : إلا أن يمرض مرضًا مخوفًا فيكره له ذلك .

○ الجنس الثالث ○

فأما ما يتبعه في التدبير مما لا يتبعه ، فإن من مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح أو زنا ، فقال الجمهور : ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعتقها ويرقون برقها، و قال الشافعي في قوله المختار عند أصحابه : إنهم لا يعتقون بعتقها . وأجمعوا على أنه إذا أعتقها سيدها في حياته أنهم يعتقون بعتقها .

وعمدة الشافعية أنهم إذا لم يعتقوا في العتق المنجز فأحرى ألَّا يعتقوا في العتق المؤجل بالشرط . واحتج أيضًا بإجماعهم على أن الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها ، والجمهور رأوا أن التدبير حرمة ما ، فأوجبوا اتباع الولد تشبيهًا بالكتابة ، وقول الجمهور مروي عن عثمان وابن مسعود وابن عمر ، وقال الشافعي : مروي عن عمر بن عبد العزيز ، وعطاء بن أبي رباح ومكحول . وتحصيل مذهب مالك في هذا أن كل امرأة فولدها تبع لها ، إن كانت حرة فحر ، وإن كانت مكاتبة فمكاتب ، وإن كانت مدبرة فمدبر ، أو معتقة إلى أجل فمعتق إلى أجل ، وكذلك أم الولد ولدها بمنزلتها ، وخالف في ذلك أهل الظاهر ، وكذلك المعتق بعضه عند مالك ، وأجمع العلماء على أن كل ولد من تزويج فهو تابع لأمه في الرق والحرية وما بينهما من العقود المفضية إلى الحرية ، إلا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن أمة زوجها عربي . وأجمعوا على أن كل ولد من ملك يمين أنه تابع لأبيه ، إن حرًا فحرًا ، وإن عبدًا فعبدًا ، وإن مكاتبًا فمكاتبًا . واختلفوا في المدبر إذا تسرى فولد له ؛ فقال مالك : حكمه حكم الأب ؛ يعني : أنه المدبر ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : ليس يتبعه ولده في التدبير . وعمدة مالك

الإجماع على أن الولد من ملك اليمين تابع للأب ما عدا المدبر ، وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الإجماع . وعمدة الشافعية أن ولد المدبر مال من ماله ، ومال المدبر للسيد انتزاعه منه ، وليس يسلم له أنه مال من ماله ، ويتبعه في الحرية ماله عند مالك .

○ الجنس الرابع ○

وأما النظر في تبعيض التدبير فقد قلنا فيمن دبر له حظا في عبده ، دون أن يدبر شريكه ، ونقله إلى هذا الموضع أولا ، فلينقل إليه . وأما من دبر جزءًا من عبد هو له كله ، فإنه يقضي عليه بتدبير الكل ، قياسًا على من بعض العتق عند مالك .

○ وأما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير ○

فمن هذا الباب اختلافهم في إبطال الدين للتدبير ، فقال مالك والشافعي : الدين يبطله ، وقال أبوحنيفة : ليس يبطله ويسعى في الدين ، وسواء كان الدين مستغرقًا للقيمة أو لبعضها . ومن هذا الباب اختلافهم في النصراني يدبر عبدا له نصرانيًا ، فيسلم العبد قبل موت سيده ، فقال الشافعي : يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره ، وقال مالك : يحال بينه وبين سيده ويخارج على سيده النصراني ، ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده ، فإن مات عتق المدبر مالم يكن عليه دين يحيط بماله ، وقال الكوفيون : إذا أسلم مدبر النصراني قوم وسعى العبد في قيمته ، ومدبر الصحة يقدم عند مالك على مدبر المرض إذا ضاق الثلث عنهما .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٥٧ -- كتاب أمهات الأولاد □

وأصول هذا الباب النظر في هل تباع أم الولد أم لا ؟ وإن كانت لا تباع فمتى تكون أم ولد ، وبماذا تكون أم ولد ، وما يبقى فيها لسيدها من أحكام العبودية ، ومتى تكون حرة ؟



● أما المسألة الأولى :

فإن العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم ، فالثابت عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بأنها لا تباع ، وأنها حرة من رأس مال سيدها إذا مات . وروي مثل ذلك عن عثمان ، وهو قول أكثر التابعين وجمهور فقهاء الأمصار . وكان أبو بكر الصديق وعلي رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأبو سعيد الخدرى يجيزون بيع أم الولد ، وبه قالت الظاهرية من فقهاء الأمصار . وقال جابر[1] وأبو سعيد[2] : « كنا نبيع أمهات الأولاد والنبي ﷺ فينا لا يرى بذلك بأسا » واحتجوا بما روي عن جابر[3] أنه قال : « كُنَّا نَبِيْعُ أمهاتِ الأولادِ على عَهْدِ رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدر من خلافةِ عمر ، ثم نهانا عمر عن بيعِهِنَّ » ومما اعتمد عليه أهل الظاهر في هذه المسألة النوع من الاستدلال الذي يعرف باستصحاب حال الإجماع ، وذلك أنهم قالوا : لما انعقد الإجماع على أنها مملوكة قبل الولادة ، وجب أن تكون كذلك بعد الولادة إلى

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٧ /٢٨٨ رقم ١٣٢١٠) ، وابن ماجه (٢ /٨٤١ رقم ٢٥١٧) ، والدارقطني (٤ /١٣٥ رقم ٣٧) والبيهقي (١٠ /٣٤٨) . وهو حديث صحيح . وقد صححه الألباني في الصحيحة (رقم ٢٤١٧) .

(٢) أخرجه الطيالسي (١ /٢٤٥ رقم ١٢٠٩ – منحة المعبود) ، والحاكم (٢ /١٩) ، والدارقطني (٤ /١٣٥ رقم ٣٨) ، والبيهقي (١٠ /٣٤٨) . قال الحاكم : صحيح ووافقه الذهبي . مع أن زيد العمي ضعيف .

(٣) أخرجه أبو داود (٤ /٢٦٢ رقم ٣٩٥٤) ، والحاكم (٢ /١٨ –١٩) ، والبيهقي (١٠ /٣٤٧) ، وابن حبان (صـ٢٩٦ رقم ١٢١٦ – الموارد) . وقال الحاكم صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي وهو كما قالا وصححه الألباني في الإرواء (رقم ١٧٧٧) .

أن يدل الدليل على غير ذلك ، وقد تبين في كتب الأصول قوة هذا الاستدلال ، وأنه لا يصح عند من يقول بالقياس ، وإنما يكون ذلك دليلًا بحسب رأى من ينكر القياس ، وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم ، وهو الذي يعرِّفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى ، وذلك أنهم يقولون : أليس تعرفون أن الإجماع قد انعقد على منع بيعها في حال حملها ، فإذا كان ذلك ؛ وجب أن يستصحب حال هذا الإجماع بعد وضع الحمل ، إلا أن المتأخرين من أهل الظاهر أحدثوا في هذا الأصل نقضًا ، وذلك أنهم لا يسلمون منع بيعها حاملًا . ومما اعتمده الجمهور في هذا الباب من الأثر ما روي عنه ﷺ أنه قال في مارية سريته لما ولدت إبراهيم « أعْتَقَها وَلَدُها »[1]. ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِها فإنهَا حُرَّةٌ إذَا ماتَ »[2] وكلا الحديثين لا يثبت عند أهل الحديث ، حكى ذلك أبو عمر بن عبد البر رحمه الله ، وهو من أهل

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢ /٨٤١ رقم ٢٥١٦) ، وابن عدي في الكامل (٧ /٢٧٥٢) ، والحاكم (٢ /١٩) ، والدارقطني (٤ /١٣١ رقم ٢١ ، ٢٢ ، ٢٣) ، والبيهقي (١٠ /٣٤٦) من حديث ابن عباس .
قال البوصيري في « مصباح الزجاجة » (٢/٦٦ رقم ٨٩٥) : « هذا إسناد حكمه حكم الإسناد قبله ، أي ضعيف ؛ لأن فيه حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عبد الله الهاشمي ، تركه علي بن المديني ، وأحمد بن حنبل ، والنسائي ، وضعفه أبو حاتم وأبو زرعة وقال البخاري : يقال : إنه كان يتهم بالزندقة » .
فالحديث ضعيف . وقد ضعفه المحدث الألباني في الإرواء (رقم ١٧٧٢) .

(٢) أخرجه أحمد (١ /٣١٧) ، وابن ماجه (٢ /٨٤١ رقم ٢٥١٥) ، والدارقطني (٤ /١٣٠ ، ١٣١ رقم ١٧ ، ٢٠) ، والحاكم (٢ /١٩) ، والبيهقي (١٠ /٣٤٦) من حديث ابن عباس .
قال الحاكم : صحيح الإسناد ، وتعقبه الذهبي : بأن حسين بن عبد الله متروك .
قلت : وهو حديث ضعيف . وقد ضعفه الألباني في الإرواء (رقم ١٧٧١) .

هذا الشأن[1] ، وربما قالوا أيضًا من طريق المعنى أنها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضا منها ، وحكوا هذا التعليل عن عمر رضي الله عنه حين رأى ألّا يعن فقال : خالطت لحومنا لحومهن ، ودماؤنا دماءهن . وأما متى تكون أم ولد ، فإنهم اتفقوا على أنها تكون أم ولد إذا ملكها قبل حملها منه ، واختلفوا إذا ملكها وهي حامل منه أو بعد أن ولدت منه ، فقال مالك : لا تكون أم ولد إذ ولدت منه قبل أن يملكها ثم ملكها وولدها ، وقال أبو حنيفة : تكون أم ولد . واختلف قول مالك إذا ملكها وهي حامل ، والقياس أن تكون أم ولد في جميع الأحوال إذ كان ليس من مكارم الأخلاق أن يبيع المرء أم ولده ، وقد قال ﷺ : « بُعِثْتُ لأُتَمِّمَ مَكارِمَ الأخْلاقِ »[2] وأما بماذا تكون أم ولد ؟ فإن مالكًا قال : كل ما وضعت مما يعلم أنه ولد كان مضغة أو علقة ، وقال الشافعي : لابد أن يؤثر في ذلك شيء مثل الخلقة والتخطيط ، واختلافهم راجع إلى ما ينطلق عليه اسم الولادة ، أو ما يتحقق أنه مولود . وأما ما يبقى فيها من أحكام العبودية ، فإنهم اتفقوا على أنها في شهادتها وحدودها وديتها وأرش جراحها كالأمة . وجمهور من منع بيعها ليس يرون هاهنا سببا طارئا عليها يوجب بيعها إلا ما روي عن عمر بن الخطاب أنها إذا زنت رقت . واختلف قول مالك والشافعي هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله إياها ؟ فقال مالك : ليس له ذلك ، وإنما له فيها الوطء فقط وقال الشافعي : له ذلك ، وعمدة مالك أنه لما لم يملك رقبتها بالبيع ؛ لم يملك إجارتها ، إلا أنه يرى أن إجارة بنيها من غيره جائزة ؛ لأن حرمتهم عنده أضعف . وعمدة الشافعي انعقاد الإجماع على أنه يجوز له وطؤها .

---

(١) نعم وهو كذلك فلله الحمد والمنة .

(٢) تقدم تخريجه في آخر كتاب الهبات .

فسبب الخلاف تردد إجارتها بين الأصلين :

أحدهما : وطؤها . **والثاني** : بيعها .

فيجب أن يرجح أقوى الأصلين شبها . وأما متى تكون حرة ، فإنه لا خلاف بينهم أن آن ذلك الوقت هو إذا مات السيد ، ولا أعلم الآن أحد قال : تعتق من الثلث ، وقياسها على المدبر ضعيف على قول من يقول : إن المدبر يعتق من الثلث .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٥٨ - كتاب الجنايات □

والجنايات التي لها حدود مشروعة أربع جنايات ، على الأبدان ، والنفوس ، والأعضاء ، وهو المسمى قتلًا وجرحًا ، وجنايات على الفروج وهو المسمى زنا وسفاحًا ، وجنايات على الأموال ، وهذه ما كان منها مأخوذًا بحرب سمي حرابة إذا كان بغير تأويل ، وإن كان بتأويل سمي بغيًا ، مأخوذًا على وجه المغافصة من حرز يسمى سرقة ، وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان ، سمي غصبًا ، وجنايات على الأعراض ، وهو المسمى قذفًا ، وجنايات بالتعدي على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب ، وهذه إنما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الخمر فقط ، وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه ، فلنبتدئ منها بالحدود التي فيها الدماء ، فنقول : إن الواجب في إتلاف النفوس والجوارح هو إما قصاص ، وإما مال ، وهو الذي يسمى الدية ، فإذًا النظر أولًا في هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : **النظر في القصاص ، والنظر في الدية** . والنظر في القصاص ينقسم إلى القصاص في النفوس ، وإلى القصاص في الجوارح . والنظر أيضا في الديات ينقسم إلى النظر في ديات النفوس ، وإلى النظر في ديات قطع الجوارح ، والجراح . فينقسم أولا هذا الكتاب إلى كتابين :

أولهما : يرسم عليه كتاب القصاص . **والثاني** : يرسم عليه كتاب الديات .



□ ٥٩ - كتاب القصاص □

وهذا كتاب ينقسم إلى قسمين :

الأول : النظر في القصاص في النفوس . **والثاني** : النظر في القصاص في الجوارح ، فلنبدأ من القصاص في النفوس .



○ كتاب القصاص في النفوس ○

والنظر أولا في هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : **إلى النظر في الموجب** ، أعني : الموجب للقصاص . **وإلى النظر في الواجب** ، أعني : القصاص ، وفي أبداله إن كان له بدل . فلنبدأ أولا بالنظر في الموجب ، والنظر في الموجب يرجع إلى النظر في صفة القتل والقاتل التي يجب بمجموعها والمقتول القصاص ، فإنه ليس أي قاتل اتفق يقتص منه ، ولا بأي قتل اتفق ، ولا من أي مقتول اتفق ، بل من قاتل محدود بقتل محدود ومقتول محدود ، إذ كان المطلوب في هذا الباب إنما هو العدل . فلنبدأ من النظر في القاتل ، ثم في القتل ، ثم في المقتول .

○ القول في شروط القاتل ○

فنقول : إنهم اتفقوا على أن القاتل الذي يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون : عاقلًا بالغًا مختارًا للقتل مباشرًا غير مشارك له فيه غيره ، واختلفوا في المكرَه والمكرِه ، وبالجملة الآمر والمباشر ، فقال مالك ، والشافعي ، والثوري ، وأحمد ، وأبو ثور ، وجماعة : القتل على المباشر دون الآمر ، ويعاقب الآمر ، وقالت طائفة : يقتلان جميعًا ، وهذا إذا لم يكن هنالك إكراه ولا سلطان للآمر على المأمور . وأما إذا كان للآمر سلطان على المأمور ، أعني : المباشر ، فإنهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال : فقال قوم : يقتل الآمر دون المأمور ، ويعاقب المأمور ، وبه قال داود ، وأبو حنيفة ، وهو أحد قولي الشافعي ، وقال قوم : يقتل المأمور دون الآمر ، وهو أحد قولي الشافعي . وقال قوم : يقتلان جميعًا ، وبه قال مالك . فمن لم يوجب حدًا على المأمور ؛ اعتبر تأثير الإكراه في إسقاط كثير من الواجبات في الشرع ، لكون المكره يشبه من لا اختيار له . ومن رأى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار ، وذلك أن المكره يشبه من جهة المختار ، ويشبه من جهة المضطر المغلوب، مثل الذي يسقط من علو ، والذي تحمله الريح من موضع إلى موضع ، ومن رأى قتلهم جميعًا ؛ لم يعذر المأمور بالإكراه ولا الآمر بعدم المباشرة . ومن رأى قتل الآمر فقط ؛ شبه المأمور بالآلة التي لا تنطق . ومن رأى الحد على غير المباشر ؛ اعتمد أنه ليس ينطلق عليه اسم قاتل إلا بالاستعارة ، وقد اعتمدت المالكية في قتل المكره على القتل بالقتل ، بإجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له أن يقتل إنسانًا فيأكله . وأما المشارك للقاتل عمدًا في القتل ، فقد يكون القتل عمدًا وخطأً ، وقد يكون

القاتل مكلفًا وغير مكلف ، وسنذكر العمد عند قتل الجماعة بالواحد . وأما إذا اشترك في القتل عامد ومخطىء ، أو مكلف وغير مكلف ، مثل عامد ، وصبي أو مجنون ، أو حر ، وعبد في قتل عبد عند من لا يقيد من الحر بالعبد ، فإن العلماء اختلفوا في ذلك ، فقال مالك ، والشافعي : على العامد القصاص ، وعلى المخطىء والصبي نصف الدية ، إلا أن مالكًا يجعله على العاقلة ، والشافعي في ماله على ما يأتي ، وكذلك قالا في الحر والعبد يقتلانَ العبد عمدًا ، أن العبد يقتل ، وعلى الحر نصف القيمة ، وكذلك الحال في المسلم والذمّي يقتلان جميعًا . وقال أبو حنيفة إذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص ، فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية ، وعمدة الحنفية أن هذه شبهة ، فإن القتل لا يتبعض ، وممكن أن تكون إفاتة نفسه من فعل الذي لا قصاص عليه كإمكان ذلك ممن عليه القصاص ، وقد قال ﷺ : « ادْرَءُوا الحُدُود بالشُّبهاتِ »[1] وإذا لم يكن الدم وجب بدله ، وهو الدية . وعمدة الفريق

(١) ● أخرجه البيهقي (٨ /٢٣٨) من حديث علي ، وفي سنده : المختار بن نافع منكر الحديث.
وأخرجه الدارقطني (٣ /٨٤ رقم ٨) ، والبيهقي (٨ /٢٣٨) من طريق آخر ، وفي سنده أبو مطر مجهول .
● وروي نحوه عن عمر ، أخرجه أبو محمد بن حزم في كتاب « الإيصال » من حديث عمر موقوفاً عليه ، بإسناد صحيح . قاله ابن حجر في التلخيص (٤ /٥٦) .
● وأخرج الخطيب في التاريخ (١٠ /٨٥ -٨٦) عن عبد الله بن مسعود ، قال : قال رسول الله ﷺ : « أقيلوا ذوي الهيئة زلاتهم » وسنده حسن في الشواهد .
● وأخرج الترمذي في السنن (٤ /٣٣ رقم ١٤٢٤) ، والدارقطني (٣ /٨٤ رقم ٨) ، والبيهقي (٨ /٢٣٨) ، والخطيب في التاريخ (٥ /٢٣١) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٩ /٥٦٩ -٥٧٠ رقم ٨٥٥١) عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرجٌ فخلوا سبيله ، فإنّ الإمام أن يُخطىء في العفوِ خيرٌ من أن يخطىء في العقوبةِ » .
وفي سنده يزيد بن زياد الدمشقي وهو متروك ، كما قال الحافظ في التقريب (٢ /٣٦٤ رقم ٢٥٣) .
=

الثاني ، النظر إلى المصلحة التي تقتضي التغليظ لحوطة الدماء ، فكأن كل واحد منهما انفرد بالقتل ؛ فله حكم نفسه ، وفيه ضعف في القياس . وأما صفة الذي يجب به القصاص ، فاتفقوا على أنه العمد ، وذلك أنهم أجمعوا على أن القتل صنفان : عمد ، وخطأ . واختلفوا في هل بينهما وسط أم لا ؟ وهو الذي يسمونه شبه العمد ، فقال به جمهور فقهاء الأمصار . والمشهور عن مالك نفيه ، إلا في الابن مع أبيه ، وقد قيل : إنه يتخرج عنه في ذلك رواية أخرى ، وبإثباته قال عمر بن الخطاب ، وعلي ،وعثمان، وزيد بن ثابت ، وأبو موسى الأشعري ، والمغيرة ، ولا مخالف لهم من الصحابة ، والذين قالوا به فرقوا فيما هو شبه العمد مما ليس بعمد ، وذلك راجع في الأغلب إلى الآلات التي يقع بها القتل ، وإلى الأحوال التي كان من أجلها الضرب ، فقال أبو حنيفة :

= فالحديث ضعيف . انظر تلخيص الحبير (٤ /٥٦ رقم ١٧٥٥) .

● وأخرج ابن ماجه في السنن (٢ /٨٥٠ رقم ٢٥٤٥) عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « ادفعوا الحدودَ ما وجدتم له مدفعاً » .

وأخرجه أبو يعلى في مسنده (١١ /٤٩٤ رقم ٦٦١٨/ ٧٧٨) بلفظ « ادرؤوا الحدودَ ما استطعتم » .

قال البوصيري في « مصباح الزجاجة » (٢ /٧٠ رقم ٩٠٤) : « هذا إسناد ضعيف إبراهيم بن الفضل المخزومي ، ضعفه أحمد وابن معين والبخاري والنسائي والأزدي والدارقطني ..» وهو حديث ضعيف. وقد ضعفه الألباني في الإرواء رقم (٢٣٥٦).

● وأخرج أبو داود (٤ /٥٤٠ رقم ٤٣٧٥) ، وأحمد (٦ /١٨١) ، والطحاوي في المشكل (٣ /١٢٩) وسنده قابل للتحسين .

عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : « أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود » .

وأخرجه البخاري في الأدب المفرد (رقم ٤٦٥) ، والطحاوي في المشكل (٣ /١٢٦) ، وابن حبان في الموارد (رقم ١٥٢٠) من طرق أخرى عن عائشة ، دون قوله « إلا الحدود » .

-كل ما عدا الحديد من القضب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد ، وقال أبو يوسف ومحمد : شبه العمد ما لا يقتل مثله ، وقال الشافعي : شبه العمد ما كان عمدًا في الضرب خطأً في القتل ، أي : ما كان ضربًا لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل . والخطأ ما كان خطأً فيهما جميعًا . والعمد ما كان عمدًا فيهما جميعًا ، وهو حسن .. فعمدة من نفى شبه العمد ؛ أنه لا واسطة بين الخطأ والعمد ، أعني : بين أن يقصد القتل أو لا يقصده . وعمدة من أثبت الوسط ؛ أن النيات لا يطلع عليها إلا الله تبارك وتعالى ، وإنما الحكم بما ظهر . فمن قصد ضرب آخر بآلة لا تقتل غالبًا ، كان حكمه كحكم الغالب ، أعني : حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف . ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالبًا كان حكمه مترددًا بين العمد والخطأ هذا في حقنا لافي حق الآمر نفسه عند الله تعالى . أما شبهه العمد فمن جهة ما قصد ضربه . وأما شبهه للخطأ فمن جهة أنه ضرب بما لا يقصد به القتل ، وقد روي حديث مرفوع إلى النبي ﷺ أنه قال : « ألا إنَّ قَتْلَ الخطأ شِبْهِ العَمْدِ ما كانَ بالسَّوْطِ والعَصَا والحَجَرِ ، دِيَتُهُ مُغَلَّظَةٌ مائَةٌ مِنَ الإِبِلِ مِنْها أَرْبَعُون في بُطُونها أَوْلادِها »[1]. إلا أنه حديث

(١) قلت : الحديث رواه القاسم بن ربيعة ، واختلف عليه فيه على أقوال :
(**الأول**) : عنه ، عن عقبة بن أوس ، عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، عن النبي ﷺ في حديث طويل في خطبته ﷺ يوم الفتح هكذا ، قال حماد بن زيد ، عن خالد الحذاء ، عن القاسم بن ربيعة .
أخرجه أبو داود (٤ /٧١١ رقم ٤٥٨٨) ، والنسائي (٨ /٤١) ، وابن ماجه (٢ /٨٧٧ رقم ٢٦٢٧) ، وابن الجارود (رقم ٧٧٣) ، والبيهقي (٨ /٤٤)
وكذلك قال : وهيب بن خالد عن القاسم ، أخرجه الدارقطني (٣ /١٠٤ رقم ٧٨) .
(**الثاني**) : عن القاسم بن ربيعة ، عن عقبة ، عن رجل من أصحاب النبي ﷺ
قاله هشيم ، عن خالد الحذاء ، عن القاسم ، أخرجه النسائي (٨ /٤١) ، وتابعه الثوري ، عن خالد ، أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٩ /٢٨٢ رقم ١٧٢١٣) ، والدارقطني (٣ /١٠٥ رقم ٧٩) . =

مضطرب عند أهل الحديث ، لا يثبت من جهة الإسناد فيما ذكره أبو عمر بن عبد البر ، وإن كان أبو داود وغيره قد خرجه ، فهذا النحو من القتل عند من لا يثبته يجب به القصاص ، وعند من أثبته تجب به الدية ، ولا خلاف في مذهب مالك أن الضرب يكون على وجه الغضب والنائرةِ يجب به القصاص . واختلف في الذي يكون عمدًا على جهة اللعب ، أو على جهة الأدب لمن أبيح له الأدب . وأما الشرط الذي يجب به القصاص في المقتول ، فهو أن يكون مكافئا لدم القاتل . والذي به تختلف النفوس ، هو الإسلام ، والكفر ، والحرية ، والعبودية ،

= (**الثالث**) : عن القاسم بن ربيعة ، عن يعقوب بن أوس ، عن رجل من الصحابة قاله : بشر بن المفضل عن خالد الحذاء ، أخرجه النسائيُّ (٨ /٤١) ، والدارقطني (٣ /١٠٣ رقم ٧٦) ، والبيهقي (٨ /٤٥) . وتابعه يزيد بن زريع ، عن خالد أيضاً ، أخرجه هؤلاء الثلاثة ، إلا أن النسائيَّ فرقهما والدارقطني والبيهقي جمعاهما .

(**الرابع**) : عن القاسم ، عن عبد الله بن عمرو ، عن النبي ﷺ بدون واسطة عقبة ، قاله شعبة عن أيوب ، عن القاسم . أخرجه أحمد (٢ /١٦٤) ، والدارمي (٢ /١٩٧) ، والنسائيُّ (٨ /٤٠) ، وابن ماجه (٢ /٨٧٧ رقم ٢٦٢٧) ، والدارقطني (٣ /١٠٤ رقم ٧٧) .

(**الخامس**) : عنه ، عن عقبة بن أوس ، عن النبي ﷺ مرسلاً دون ذكر عبد الله ابن عمرو ، قاله : حماد بن أيوب ، عن القاسم ، أخرجه النسائيُّ (٨ /٤١) ، وتابعه ابن عدي ، عن خالد الحذاء ، عن القاسم أخرجه النسائيُّ (٨ /٤٢) أيضاً .

(**السادس**) : عن القاسم بن ربيعة ، عن النبي ﷺ مرسلاً ، دون ذكر عقبة ولا عبد الله بن عمرو قاله : حميد ، عن القاسم . أخرجه النسائيُّ (٨ /٤٢) .

(**السابع**) : عن القاسم ، عن عبد الله بن عمر بن الخطاب قاله علي بن زيد بن جدعان ، عن القاسم ، أخرجه أحمد (٢ /٣٦) ، وأبو داود (٤ /٦٨٤ رقم ٤٥٤٩) ، والنسائيُّ (٨ /٤٢) ، وابن ماجه (٢ /٨٧٨ رقم ٢٦٢٨) ، والدارقطني (٣ /١٠٥ رقم ٨٠) ، والبيهقي (٨ /٤٤) .

وخلاصة القول أن الحديث صحيح ، وقد صححه الألباني في إرواء الغليل (٧ /٢٥٥- ٢٥٨ رقم ٢١٩٧) وأجاد في الكلام عليه ، فانظره إن شئت .

والذكورية ، والأنوثية ، والواحد ، والكثير . واتفقوا على أن المقتول إذا كان مكافئا للقاتل في هذه الأربعة أنه يجب القصاص . واختلفوا في هذه الأربعة إذا لم تجتمع . أما الحر إذا قتل العبد عمدًا ، فإن العلماء اختلفوا فيه ، فقال مالك ، والشافعي ، والليث وأحمد ، وأبو ثور : لا يقتل الحر بالعبد ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : يقتل الحر بالعبد إلا عبد نفسه ، وقال قوم : يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل ، أو عبد غير القاتل وبه قال النخعي ، فمن قال : لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى : ﴿ **كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ** ﴾[1] ومن قال : يقتل الحر بالعبد احتج بقوله ﷺ : « المُسْلِمُونَ تَتَكافأُ دِماؤُهُمْ ، ويَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْناهُمْ وَهُمْ يَدٌ عَلى مَنْ سِوَاهُمْ »[2] .

فسبب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ، ومن فرق فضعيف . ولا خلاف بينهم أن العبد يقتل بالحر ، وكذلك الأنقص بالأعلى . ومن الحجة أيضًا لمن قال : يقتل الحر بالعبد ما رواه الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال :

---

(١) البقرة : الآية (١٧٨) .

(٢) أخرجه أبو داود (٤ /٦٧٠ رقم ٤٥٣١) ، وابن ماجه (٢ /٨٩٥ رقم ٢٦٨٥) ، وابن الجارود في المنتقى (رقم ٧٧١) ، وأحمد (٢ /١٩٢) ، والطيالسي (صـ٢٩٩ رقم ٢٢٥٨) ، والبيهقي (٨ /٢٨) .
من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص .
وهو حديث صحيح . وقد صححه الألباني في الإرواء (رقم ٢٢٠٨) .
● وأخرجه ابن ماجه (٢ /٨٩٥ رقم ٢٦٨٣) من حديث ابن عباس .
وهو حديث صحيح . وقد صححه الألباني في « المشكاة » (رقم ٣٤٧٦) .
● وأخرجه ابن ماجه (٢ /٨٩٥ رقم ٢٦٨٤) ، والبيهقي (٨ /٣٠) . من حديث معقل بن يسار .
وهو حديث صحيح بما قبله .

« مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ قَتَلْناهُ بِهِ »[1]. ومن طريق المعنى قالوا : ولما كان قتله محرما كقتل الحر ، وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر ، وأما قتل المؤمن بالكافر الذمي ، فاختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال : **فقال قوم** : لا يقتل مؤمن بكافر ، وممن قال به الشافعي ، والثوري ، وأحمد ، وداود وجماعة . **وقال قوم** : يقتل به ، وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى . وقال مالك والليث : لا يقتل به إلا أن يقتله غيلة ، وقتل الغيلة أن يضجعه فيذبحه وبخاصة على ماله . فعمدة الفريق الأول ما روي من حديث علي ، أنه سأله قيس بن عبادة والأشتر : هل عهد إليه رسول الله ﷺ عهدا لم يعهده إلى الناس ، قال : لا ، إلا ما في كتابي هذا ، وأخرج كتابًا من قراب سيفه فإذا فيه : « **المُؤْمِنونَ تَتَكافَأُ دِماؤُهُمْ وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِم أَدْناهُمْ ، وَهُمْ يَدٌ عَلى مَنْ سِواهُمْ ، أَلَا لا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكافِرٍ ، ولا ذُو عَهْدٍ في عَهْدِهِ ، مَنْ أَحْدَثَ حَدَثًا ، أو آوَى مُحْدِثا فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللّهِ وَالْمَلائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ** » خرجه أبو داود[2]. وروي أيضًا عن عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا يقتل مؤمن بكافر »[3]. واحتجوا في ذلك بإجماعهم على أنه لا يقتل مسلم بالحربي الذي

---

(١) أخرجه أبو داود (٤ /٦٥٢ رقم ٤٥١٥) ، والترمذي (٤ /٢٦ رقم ١٤١٤) ، والنسائي (٨ /٢٠ ، ٢١) ، وابن ماجه (٢ /٨٨٨ رقم ٢٦٦٣) ، والدارمي (٢ /١٩١) ، وأحمد (٥ /١٠ ، ١١ ، ١٢) ، والبيهقي (٨ /٣٥) وهو حديث ضعيف . ضعفه الألباني في ضعيف ابن ماجه .

(٢) في السنن (٤ /٦٦٦ رقم ٤٥٣٠) .
قلت : وأخرجه أحمد (١ /١١٩) ، والنسائي (٨ /١٩ ، ٢٠) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣ /١٩٢) ، والدارقطني (٣ /٩٨ رقم ٦١) ، والبيهقي (٨ /٢٩) ، وابن أبي عاصم في الديات (صـ ٥٨) .
وهو عند البخاري مختصراً من وجه آخر (١٢ /٢٤٦ رقم ٦٩٠٣) .

(٣) أخرجه أحمد (٢ /١٩٤) ، وأبو داود (٤ /٦٧٠ رقم ٤٥٣١) ، والترمذي (٤ /٢٥ رقم ١٤١٣) ، وابن ماجه (٢ /٨٨٧ رقم ٢٦٥٩) ، والبيهقي =

أمن . وأما أصحاب أبي حنيفة فاعتمدوا في ذلك آثارًا منها حديث يرويه ربيعة ابن أبي عبد الرحمن ، عن عبد الرحمن السلماني قال : « قتل رسول الله ﷺ رجلًا من أهل القبلة برجل من أهل الذمة وقال : أنا أَحَقُّ مَنْ وَفَّى بِعَهْدِهِ »[1] ورووا ذلك عن عمر ، قالوا : وهذا مخصص لعموم قوله ﷺ : « لا يقتل مؤمن بكافر »[2]. أي : أنه أريد به الكافر الحربي دون الكافر المعاهد ، وضعف أهل الحديث حديث عبد الرحمن السلماني وما رووا من ذلك عن عمر . وأما من طريق القياس ، فإنهم اعتمدوا على إجماع المسلمين في أن يد المسلم تقطع إذا سرق من مال الذمي ، قالوا : فإذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه .

فسبب الخلاف تعارض الآثار والقياس .

وأما قتل الجماعة بالواحد ، فإن جمهور فقهاء الأمصار ، قالوا : تقتل الجماعة بالواحد ، منهم مالك وأبو حنيفة ، والشافعي ، والثوري ، وأحمد ، وأبو

= (٨/ ٢٩ ، ٣٠) ، وقال الترمذي : حديث حسن .

(١) أخرجه عبد الرزاق في « المصنف » (١٠/ ١٠١ رقم ١٨٥١٤) ، ومن طريقه الدارقطني (٣/ ١٣٥ رقم ١٦٦) ، والبيهقي (٨/ ٣٠) عن سفيان الثوري ، عن ربيعة ، بـه .
وأخرجه الشافعي في المسند (٢/ ١٠٥ رقم ٣٥٠) من طريق محمد بن الحسن ، أنبأنا إبراهيم بن محمد ، عن محمد بن المنكدر ، عن عبد الرحمن بن البيلماني . وأخرجه الدارقطني (٣/ ١٣٤- ١٣٥ رقم ١٦٥) عن عمار بن مطر ، حدثنا إبراهيم بن محمد الأسلمي ، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن ، عن عبد الرحمن بن البيلماني ، عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قتل مسلماً بمعاهد ، وقال : « أنا أكرم من وفى بذمته » .
قال الدارقطني : لم يسنده غير إبراهيم بن أبي يحيى ، وهو متروك الحديث .
والصواب عن ربيعة ، عن ابن البيلماني مرسل عن النبي ﷺ ، وابن البيلماني : ضعيف لا تقوم به حجة إذا وصل الحديث ، فكيف بما يرسله ؟ .

(٢) تقدم تخريجه قريباً .

ثور ، وغيرهم ، سواء كثرت الجماعة أو قلت ، وبه قال عمر ، حتى روي أنه قال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعًا . وقال داود وأهل الظاهر لا تقتل الجماعة بالواحد ، وهو قول ابن الزبير ، وبه قال الزهري ، وروي عن جابر . وكذلك عند هذه الطائفة لا تقطع أيد بيد ، أعني : إذا اشترك اثنان فما فوق ذلك في قطع يد ، وقال مالك والشافعي : تقطع الأيدي باليد ، وفرقت الحنفية بين النفس والأطراف ؛ فقالوا : تقتل الأنفس بالنفس ، ولا يقطع بالطرف إلا طرف واحد ، وسيأتي هذا في باب القصاص من الأعضاء . فعمدة من قتل بالواحد الجماعة ؛ النظر إلى المصلحة ، فإنه مفهوم أن القتل إنما شرع لنفي القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى : ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ** ﴾[1]. وإذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد ، لتذرع الناس إلى القتل بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة ، لكن للمعترض أن يقول : إن هذا إنما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة أحد ، فأما إن قتل منهم واحد وهو الذي من قتله يظن إتلاف النفس غالبًا على الظن ، فليس يلزم أن يبطل الحد حتى يكون سببًا للتسليط على إذهاب النفوس . وعمدة من قتل الواحد بالواحد ، قوله تعالى : ﴿ **وكتبنا عَلَيْهِم فيها أنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ والعَيْنَ بالْعَيْنِ** ﴾[2]. وأما قتل الذكر بالأنثى ، فإن ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى أنه إجماع ، إلا ما حكي عن علي من الصحابة ، وعن عثمان البتي أنه إذا قتل الرجل بالمرأة ، كان على أولياء المرأة نصف الدية . وحكى القاضي أبو الوليد الباجي في المنتقى عن الحسن البصري ، أنه لا يقتل الذكر بالأنثى ، وحكاه الخطابي في معالم السنن ، وهو شاذ ، ولكن دليله قوى لقوله تعالى : ﴿ **والأنثى بالأنثى** ﴾[3]،

---

(١) البقرة : الآية (١٧٩) .

(٢) المائدة : الآية (٤٥) .

(٣) البقرة : الآية (١٧٨) .

وإن كان يعارض دليل الخطاب هٰهنا العموم الذي في قوله تعالى : ﴿ **وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس** ﴾ لكن يدخله أن هذا الخطاب وارد في غير شريعتنا ، وهي مسألة مختلف فيها ، أعني : هل شرع من قبلنا شرع لنا أم لا ؟ والاعتماد في قتل الرجل بالمرأة هو النظر إلى المصلحة العامة . واختلفوا من هذا الباب في الأب والابن ، فقال مالك : لا يقاد الأب بالابن إلا أن يضجعه فيذبحه ، فأما إن حذفه بسيف أو عصا فقتله لم يقتل ، وكذلك الجد عنده مع حفيده . وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري : لا يقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيده إذا قتله بأي وجه كان من أوجه العمد ، وبه قال جمهور العلماء . وعمدتهم حديث ابن عباس[1] أن النبي ﷺ قال : « لا تُقامُ الحُدُودُ في المَساجِدِ ولا يُقَادُ بِالوَلَدِ

---

(١) أخرجه الترمذي (٤ /١٩ رقم ١٤٠١) ، وابن ماجه (٢ /٨٨٨ رقم ٢٦٦١) ، والدارقطني (٣ /١٤٢ رقم ١٨٥) ، وأبو نعيم في الحلية (٤ /١٨) ، والدارمي (٢ /١٩٠) ، والبيهقي (٨ /٣٩) . من طريق إسماعيل بن مسلم ، عن عمرو بن دينار به . وقال الترمذي : « لا نعرفه بهذا الإسناد مرفوعاً إلا من حديث إسماعيل بن مسلم ، وإسماعيل – هذا – قد تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه » .
قلت : قد تابعه سعيد بن بشير ، ثنا عمرو بن دينار ، به .
أخرجه الحاكم (٤ /٣٦٩) .
وسعيد بن بشير ضعيف ، كما في « التقريب » (١ /٢٩٢) وتابعه عبيد الله بن الحسن العنبري ، عن عمرو بن دينار به .
أخرجه الدارقطني (٣ /١٤٢ رقم ١٨٤) ، والبيهقي (٨ /٣٩) من طريق أبي حفص التمار ، ثنا عبيد الله بن الحسن العنبري به .
قلت : والعنبري هذا ثقة فقيه كما في التقريب (١ /٥٣١) ، لكن الراوي عنه أبو حفص التمار متهم ، قال البيهقي : « هو أبو تمام عمر بن عامر السعدي كان ينزل في بني رفاعة » .
وتابعه أيضاً قتادة عن عمرو بن دينار به .
أخرجه البزار في « مسنده » كما في « نصب الراية » (٤ /٣٤٠) .
وخلاصة القول : أن الحديث حسن إن شاء الله .

الوَالِدُ » . وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين .

وسبب اختلافهم ما رووه عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن رجلا من بني مدلج يقال له قتادة حذف ابنا له بالسيف فأصاب ساقه ، فنزى جرحه فمات ، فقدم سراقة بن جعشم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له ، فقال له عمر : اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك ، فلما قدم عليه عمر أخذ من تلك الإبل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ، ثم قال : أين أخو المقتول ، فقال : هأنذا ، قال : خذها ، فإن رسول الله ﷺ قال : « لَيْسَ لِقاتِلٍ شيء »[1]. فإن مالكًا حمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمدًا محضًا ، وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والأب . وأما الجمهور فحملوه على ظاهره من أنه عمد لإجماعهم أن من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمد . وأما مالك فرأى لما للأب من التسلط على تأديب ابنه ، ومن المحبة له أن حمل القتل الذي يكون في أمثال هذه الأحوال على أنه ليس بعمد ، ولم يتهمه إذ كان ليس بقتل غيلة ، فإنما يحمل فاعله على أنه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة ، إذ كانت النيات لا يطلع عليها إلا الله تعالى ، فمالك لم يتهم الأب حيث اتهم الأجنبي ، لقوة المحبة التي بين الأب والابن . والجمهور إنما عللوا درء الحد عن الأب لمكان حقه على الابن ، والذي يجيء على أصول أهل الظاهر أن يقاد ، فهذا هو القول في الموجب .

---

(١) أخرجه مالك (٢ /٨٦٧ رقم ١٠) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٠٨ رقم ٣٦٦) ومن طريقه البيهقي (٨ /١٣٤) ، وقد ورد موصولاً من طرق ، انظر في إرواء الغليل (٧ /٢٦٨ –٢٧١) .

○ وأما القول في الواجب ○

فاتفقوا على أن لولي الدم أحد شيئين : القصاص ، أو العفو إما على الدية وإما على غير الدية . واختلفوا هل الانتقال من القصاص إلى العفو على أخذ الدية هو حق واجب لولي الدم دون أن يكون في ذلك خيار للمقتص منه ، أم لا تثبت الدية إلا بتراضي الفريقين ، أعني : الولي والقاتل ، وأنه إذا لم يرد المقتص منه أن يؤدي الدية ؛ لم يكن لولي الدم إلا القصاص مطلقًا أو العفو ، فقال مالك : لا يجب للولي إلا أن يقتص أو يعفو عن غير دية إلا أن يرضى بإعطاء الدية القاتل ، وهي رواية بن القاسم عنه ، وبه قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجماعة ، وقال الشافعي ، وأحمد ، وأبو ثور وداود ، وأكثر فقهاء المدينة من أصحاب مالك وغيره : ولي الدم بالخيار إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية ، رضي القاتل أو لم يرض ، وروى ذلك أشهب عن مالك ، إلا أن المشهور عنه هي الرواية الأولى . فعمدة مالك في الرواية المشهورة : حديث أنس بن مالك[1] في قصة سن الربيع أن رسول الله ﷺ قال : « كِتابُ اللّهِ القِصَاصُ » فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له إلا القصاص . وعمدة الفريق الثاني : حديث أبي هريرة[2] الثابت « مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ ، بَيْنَ أنْ يأْخُذَ الدِّيَةَ ، وَبَينَ أنْ يَعْفُو » هما حديثان متفق على صحتهما ، **لكن الأول** : ضعيف الدلالة في أنه ليس له إلا القصاص . **والثاني** : نص في أن له الخيار ، والجمع بينهما يمكن إذا رفع دليل الخطاب من ذلك ، فإن كان الجمع واجبا وممكنا ، فالمصير إلى الحديث

---

(١) أخرجه البخاري (٨ /١٧٧ رقم ٤٥٠٠) ، ومسلم (٣ /١٣٠٢ رقم ٢٤ /٦٧٥) .

(٢) أخرجه البخاري (١ /٢٠٥ رقم ١١٢) ، ومسلم (٢ /٩٨٨ رقم ٤٤٧ /١٣٥٥) .

الثاني واجب والجمهور على أن الجمع واجب إذا أمكن وأنه أولى من الترجيح ، وأيضًا فإن الله عز وجل يقول : ﴿ **ولا تَقْتُلُوا أنْفُسَكُمْ** ﴾[1] وإذا عرض على المكلف فداء نفيسه بمال ، فواجب عليه. أن يفديها ، أصله إذا وجد الطعام في مخمصة بقيمة مثله وعنده ما يشتريه ، أعني : أنه يقضي عليه بشرائه فكيف بشراء نفسه ؟ ويلزم على هذه الرواية إذا كان للمقتول أولياء صغار وكبار ؛ أن يؤخر القتل إلى أن يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ، ولاسيما إذا كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الإخوة . قال القاضي : وقد كانت وقعت هذه المسألة بقرطبة حياة جدى رحمه الله ، فأفتى أهل زمانه بالرواية المشهورة ، وهو أن لا ينتظر الصغير ، فأفتى هو رحمه الله بانتظاره على القياس ، فشنع أهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر أن يضع في ذلك قولًا ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدي الناس، والنظر في هذا الباب هو في قسمين: **في العفو والقصاص** . والنظر في العفو في شيئين : أحدهما فيمن له العفو ممن ليس له ، وترتيب أهل الدم في ذلك ، وهل يكون له العفو على الدية أم لا ؟ وقد تكلمنا في : هل له العفو على الدية . وأما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم ، والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند **مالك** ، وعنده غيره : كل من يرث ، وذلك أنهم أجمعوا على أن المقتول عمدًا إذا كان له بنون بالغون ، فعفا أحدهم أن القصاص قد بطل ووجبت الدية ، واختلفوا في اختلاف البنات مع البنين في العفو أو في القصاص . وكذلك الزوجة أو الزوج والأخوات ، فقال مالك : ليس للبنات ولا الأخوات قول مع البنين والإخوة في القصاص أو ضده ، ولا يعتبر قولهن مع الرجال ، وكذلك الأمر في الزوجة والزوج ، وقال أبو حنيفة ، والثوري ، وأحمد ، والشافعي : كل وارث يعتبر قوله في إسقاط القصاص ، وفي إسقاط حظه من الدية ، وفي الأخذ به قال الشافعي : الغائب

(١) النساء : الآية (٢٩) .

منهم والحاضر والصغير والكبير سواء . وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية . وعمدة الفريق الأول أن الولاية إنما هي للذكران دون الإناث .

واختلف العلماء في المقتول عمدًا إذا عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جائز على الأولياء ؟ وكذلك في المقتول خطأً إذا عفا عن الدية ، فقال قوم : إذا عفا المقتول عن دمه في العمد مضى ذلك ، وممن قال بذلك مالك ، وأبو حنيفة ، والأوزاعي ، وهذا أحد قولي الشافعي ، وقالت طائفة أخرى : لا يلزم عفوه ، وللأولياء القصاص أو العفو ، وممن قال به أبو ثور ، وداود ، وهو قول الشافعي بالعراق . وعمدة هذه الطائفة أن الله خير الولي في ثلاث : إما العفو ، وإما القصاص ، وإما الدية . وذلك عام في كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أو لم يعف . وعمدة الجمهور أن الشيء الذي جعل للولي إنما هو حق المقتول ، فناب فيه منابه وأقيم مقامه ، فكان المقتول أحق بالخيار من الذي أقيم مقامه بعد موته . وقد أجمع العلماء على أن قوله تعالى : ﴿ **فَمنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ** ﴾[1] أن المراد بالمتصدق هٰهنا هو المقتول يتصدق بدمه . وإنما اختلفوا على من يعود الضمير في قوله : ﴿ **فهو كفارة لـه** ﴾ . فقيل : على القاتل لمن رأى له توبة ، وقيل : على المقتول من ذنوبه وخطاياه . وأما اختلافهم في عفو المقتول خطأً عن الدية فقال مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وجمهور فقهاء الأمصار: إن عفوه من ذلك في ثلثه إلا أن يجيزه الورثة ، وقال قوم : يجوز في جميع ماله ، وممن قال به طاوس ، والحسن . وعمدة الجمهور أنه واهب مالا له بعد موته ؛ فلم يجز إلا في الثلث ، أصله الوصية . وعمدة الفرقة الثانية : أنه إذا كان له أن يعفو عن الدم فهو أحرى أن يعفو عن المال ، وهذه المسألة هي أخص بكتاب الديات . واختلف العلماء إذا عفا المجروح عن الجراحات ، فمات منها هل للأولياء أن يطالبوا بدمه أم لا ؟ فقال مالك : لهم ذلك إلا أن يقول:

---

(١) المائدة : الآية (٤٥) .

عفوت عن **الجراحات** وعما تؤول إليه ، وقال أبو يوسف ومحمد : **إذا عفا عن** الجراحة ومات فلا حق لهم ، والعفو عن الجراحات عفو عن الدم ، وقال قوم : بل تلزمهم الدية إذا عفا عن الجراحات مطلقًا ، وهؤلاء اختلفوا ، فمنهم من قال : تلزم الجارح الدية ، كلها ، واختاره المزني من أقوال الشافعي ، ومنهم من قال : يلزم من الدية ما بقي منها بعد إسقاط دية الجرح الذي عفا عنه ، وهو قول الثوري . **وأما من يرى أنه لا يعفو عن الدم فليس يتصور معه خلاف** في أنه لا يسقط ذلك طلب الولي الدية ؛ لأنه إذا كان عفوه عن الدم لا يسقط حق الولي ، **فأحرى ألَّا** يسقط عفوه عن الجرح . واختلفوا في القاتل عمدًا يعفى عنه ، هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا ؟ فقال مالك والليث : إنه يجلد مائة ويسجن سنة ، وبه قال أهل المدينة ، وروي ذلك عن عمر ، وقالت طائفة : الشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور : لا يجب عليه ذلك ، وقال أبو ثور : إلا أن يكون يعرف بالشر فيؤدبه الإمام على قدر ما يرى . ولا عمدة للطائفة الأولى ، إلا أثر ضعيف . وعمدة الطائفة الثانية : ظاهر الشرع وأن التحديد في ذلك لا يكون إلا بتوقيف ، ولا توقيف ثابت في ذلك .

○ القول في القصاص ○

والنظر في القصاص هو في صفة القصاص ، وممن يكون ؟ ومتى يكون ؟ فأما صفة القصاص في النفس ، فإن العلماء اختلفوا في ذلك ، فمنهم من قال : يقتص من القاتل على الصفة التي قتل ، فمن قتل تغريقًا قتل تغريقًا ، ومن قتل بضرب بحجرقتل بمثل ذلك ، وبه قال مالك والشافعي ، قالوا : إلا أن يطول تعذيبه بذلك ، فيكون السيف له أروح . واختلف أصحاب مالك فيمن حرق آخر ، هل يحرق مع موافقتهم لمالك في احتذاء صورة القتل ، وكذلك فيمن قتل بالسهم ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : بأي وجه قتله لم يقتل إلا بالسيف ، وعمدتهم ما روى الحسن[1] عن النبي ﷺ أنه قال : « لا قَوَدَإلَّا بِحَدِيدَةٍ »

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٩ /٣٥٤) ، والخطيب في التاريخ (١٤ /٨٩) . من طريقه ثم من رواية أشعث بن عبد الملك ، زاد ابن أبي شيبة ، وعمرو ، وكلاهما ، عن الحسن به .

● وأخرج الدارقطني (٣ /١٠٦ رقم ٨٣) ، والبيهقي (٨ /٦٢، ٦٣) . من طريق موسى بن داود عن مبارك ، عن الحسن قال : قال رسول الله ﷺ : « لا قود إلا بالسيف » قال يونس : قلت للحسن : عمن أخذت هذا ؟ قال : سمعت النعمان بن بشير يذكر ذلك .

وقال البيهقي : مبارك بن فضالة لا يحتج به .

● وأخرج ابن ماجه (٢ /٨٨٩ رقم ٢٦٦٨) . من طريق مبارك بن فضالة عن الحسن ، عن أبي بكرة به .

● وأخرج ابن عدي في الكامل (٧ /٢٥٤٣) ، والدارقطني (٣ /١٠٥، ١٠٦ رقم ٨٢) ، والبيهقي (٨ /٦٣) كلهم من طريق الوليد بن صالح ، نا مبارك بن فضالة ، عن الحسن ، عن أبي بكرة به . =

وعمدة الفريق الأول : حديث أنس[1] « أن يهوديًا رضخ رأس امرأة بحجر ، فرضخ النبي ﷺ رأسه بحجر ، أو قال : بين حجرين ، وقوله : ﴿ **كتب عليكم القصاص في القتلى** ﴾[2] والقصاص يقتضي المماثلة ، وأما ممن يكون القصاص فالظاهر أنه يكون من ولي الدم ، وقد قيل : إنه لا يمكن منه ، لمكان العداوة مخافة أن يجور فيه . وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته ، والإعذار إلى القاتل في ذلك إن لم يكن مقرًا . واختلفوا هل من شرط القصاص أن لا يكون الموضع الحرم . وأجمعوا على أن الحامل إذا قتلت عمدًا أنه لا يقاد منها حتى تضع حملها . واختلفوا في القاتل بالسيف ، والجمهور على وجوب القصاص ، وقال بعض أهل

= وأعل ابن عدي الحديث بالوليد هذا ، وقال : أحاديثه غير محفوظة .

● وأخرج ابن ماجه (٢ /٨٨٩ رقم ٢٦٦٧) ، والطيالسي (صـ١٠٨ رقم ٨٠٢) ، والطحاوي في معاني الآثار (٣ /١٨٤) ، والبيهقي (٨ /٦٢) من حديث جابر الجعفي ، عن أبي عازب ، عن النعمان به .

وقال البوصيري في « مصباح الزجاجة » (٢ /٨٨ رقم ٩٤٠) « هذا إسناد فيه جابر الجعفي وهو متهم .. » .

● وأخرج ابن عدي في الكامل (٥ /١٩٧٨) ، والدارقطني (٣ /٨٨ رقم ٢٣) ، والطبراني في الكبير كما في « المجمع » (٦ /٢٩١) كلهم من طريق أبي معاذ سليمان بن أرقم ، عن عبد الكريم بن أبي المخارق ، عن إبراهيم ، عن علقمة ، عن عبد الله بن مسعود به .

وسليمان بن أرقم متروك (الميزان (٢ /١٩٦ رقم ٣٤٢٧) .

● وأخرج ابن عدي (٦ /٢٣٨٤) ، والدارقطني (٣ /٨٨ رقم ٢٢) .

من طريق أبي معاذ – سليمان بن أرقم – عن الزهري عن سعيد بن المسيب ، عن أبي هريرة به .

وخلاصة القول: أن الحديث ضعيف .

وقد ضعف المحدث الألباني الحديث في الإرواء (رقم ٢٢٢٩) .

(١) أخرجه البخاري (١٢ /٢٠٤ رقم ٦٨٧٩) ، ومسلم (٣ /١٢٩٩ رقم ١٥ /١٦٧٢) .

(٢) البقرة : الآية (١٧٨) .

الظاهر : لا يقتص منه ؛ من أجل أنه عليه الصلاة والسلام سُمَّ هو وأصحابه ، فلم يتعرض لمن سمه .

كمل كتاب القصص في النفس .



بسم الله الرحمن الرحيم .

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٦٠ - كتاب الجراح □

والجراح صنفان : منها ما فيه القصاص أو الدية أو العفو . **ومنها** ما فيه الدية أو العفو . ولنبدأ بما فيه القصاص ، والنظر أيضًا ها هنا في شروط الجارح والجرح الذي به يحق القصاص والمجروح ، وفي الحكم الواجب الذي هو القصاص ، وفي بدله إن كان له بدل .



○ القول في الجارح ○

ويشترط في الجارح أن يكون مكلفًا ، كما يشترط ذلك في القاتل ، وهو أن يكون بالغًا عاقلًا ، والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بلا خلاف ، وإن كان الخلاف في مقداره ، فأقصاه ثماني عشرة سنة ، وأقله خمس عشرة سنة ، وبه قال الشافعي ، ولا خلاف أن الواحد إذا قطع عضو إنسان واحد اقتص منه إذا كان مما فيه القصاص . واختلفوا إذا قطعت جماعة عضوًا واحدًا ، فقال أهل الظاهر : لا تقطع يدان في يد ، وقال مالك والشافعي : تقطع الأيدي باليد الواحدة ، كما تقتل عندهم الأنفس بالنفس الواحدة ، وفرقت الحنفية بين النفس والأطراف ، فقالوا : لا تقطع أعضاء بعضو ، وتقتل أنفس بنفس ، وعندهم أن الأطراف تتبعض ، وإزهاق النفس لا يتبعض . واختلف في الإنبات ، فقال الشافعي : هو بلوغ بإطلاق . واختلف المذهب فيه في الحدود ، هل هو بلوغ فيها أم لا ؟ والأصل في هذا كله حديث بني قريظة « أنه ﷺ قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسي »[1].

---

(١) أخرج أبو داود (٤ /٥٦١ رقم ٤٤٠٤) ، والترمذي (٤ /١٤٥ رقم ١٥٨٣) ، والنسائي (٦ /١٥٥) ، وابن ماجه (٢ /٨٤٩ رقم ٢٥٤١) ، وابن سعد في الطبقات (٣ /٤٢٦) ، والحاكم (٣ /٣٥) ، والبيهقي (٩ /٦٣) وغيرهم من حديث عطية القرظي قال : « كنت فيهم وكان من أنبت قتل ، ومن لم ينبت ترك فكنت فيمن لم ينبت » .

ولفظ الحاكم عن عطية القرظي قال : « عرضنا على رسول الله ﷺ زمن قريظة فمن كان منا محتلماً أو نبتت عانته قتل ، فنظروا إليّ فلم تكن نبتت عانتي فتركت » .

قال الحاكم : صحيح الإسناد . وقال الترمذي : حسن صحيح . =

كما أن الأصل في السن حديث ابن عمر[1] أنه عرضه يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أحد وهو ابن خمس عشرة سنة .

= وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه .

(١) قلت : هكذا وقع في الأصل . وهو قلب الحديث ، والصواب تقديم أُحد على الخندق . أخرجه البخاري (٧/ ٣٩٢ رقم ٤٠٩٧) ، ومسلم (٣/ ١٤٩٠ رقم ٩١-/ ١٨٦٨) ، وأبو داود (٤/ ٥٦١ رقم ٤٤٠٦) ، والترمذي (٤/ ٢١١ رقم ١٧١١) ، وأحمد (٢/ ١٧) .

○ القول في المجروح ○

وأما المجروح فإنه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئًا لدم الجارح والذي يؤثر في التكافؤ العبودية والكفر . أما العبد والحر فإنهم اختلفوا في وقوع القصاص بينهما في الجرح كاختلافهم في النفس ، فمنهم من رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد ، ويقتص للحر من العبد كالحال في النفس ، ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ، ولم يفرق بين الجرح والنفس ، ومنهم من فـرق فقال : يقتص من الأعلى للأدنى في النفس والجرح ، ومنهم من قال : يقتص من النفس دون الجرح ، وعن مالك الروايتان . والصواب كما يقتص من النفس أن يقتص من الجرح ، فهذه هي حال العبيد مع الأحرار .

وأما حال العبيد بعضهم مع بعض ، فإن للعلماء فيهم ثلاثة أقوال :

أحدها : أن القصاص بينهم في النفس وما دونها ، وهو قول الشافعي وجماعة ، وهو مروي عن عمر بن الخطاب ، وهو قول مالك .

والقول الثاني : أنه لا قصاص بينهم لا في النفس ولا في الجرح ، وأنهم كالبهائم ، وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة .

والثالث : أن القصاص بينهم في النفس دون ما دونها ، وبه قال أبو حنيفة والثوري ، وروي ذلك عن ابن مسعود . وعمدة الفريق الأول ، قوله تعالى : ﴿ **والعبد بالعبد** ﴾[1] . وعمدة الحنفية : ما روي عن عمران بن الحصين[2]

---

(١) البقرة : (١٧٨) .

(٢) أخرجه أبو داود (٤ /٧١٢ رقم ٤٥٩٠) ، والنسائي (٨ /٢٦) ، وأحمد (٤ /٤٣٨) ، والدارمي (٢ /١٩٣) ، والبيهقي (٨ /١٠٥) عنه « أن غلاماً =

« أن عبدًا لقوم فقراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء ، فأتوا رسول الله ﷺ فلم يقتص منه » فهذا هو حكم النفس .

= لأناس فقراء قطع أذنَ غُلامٍ لأناسٍ أغنياء فأتوا النبي ﷺ فلم يجعل لهم شيئاً »
وإسناده صحيح .

○ القول في الجرح ○

وأما الجرح فإنه يشترط فيه أن يكون على وجه العمد ، أعني : الجرح الذي يجب فيه القصاص ، والجرح لا يخلو أن يكون يتلف جارحة من جوارح المجروح أو لا يتلف ، فإن كان مما يتلف جارحة فالعمد فيه : هو أن يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالبًا . وأما إن جرحه على وجه اللعب أو اللعب بما لا يجرح به غالبًا أو على وجه الأدب ، فيشبه أن يكون فيه الخلاف الذي يقع في القتل الذي يتولد عن الضرب في اللعب والأدب بما لا يقتل غالبًا ، فإن أبا حنيفة يعتبر الآلة حتى يقول : إن القاتل بالمثقل لا يقتل وهو شذوذ منه ، أعني بالخلاف : هل فيه القصاص أو الدية إن كان الجرح مما فيه الدية ؟ وأما إن كان الجرح قد أتلف جارحة من جوارح المجروح ، فمن شرط القصاص فيه العمد ايضًا بلا خلاف ، وفي تمييز العمد منه من غير العمد خلاف . أما إذا ضربه على العضو نفسه فقطعه ، وضربه بآلة تقطع العضو غالبًا ، أو ضربه على وجه النائرة ، فلا خلاف أن فيه القصاص . وأما إن ضربه بلطمة أو سوط أوما أشبه ذلك مما الظاهر منه أنه لم يقصد إتلاف العضو مثل أن يلطمه فيفقأ عينه ، فالذي عليه الجمهور أنه شبه العمد ولا قصاص فيه ، وفيه الدية مغلظة في ماله وهي رواية العراقيين عن مالك ، والمشهور في المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص إلا في الأب مع ابنه ، وذهب أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، ومحمد إلى أن شبه العمد إنما هو في النفس لا في الجرح . وأما إن جرحه فأتلف عضوًا على وجه اللعب ففيه قولان : **أحدهما** : وجوب القصاص ، **والثاني** : نفيه . وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قيل : الدية مغلظة ، وقيل : دية الخطأ ،

أعني : فيما فيه دية ، وكذلك إذا كان على وجه الأدب ففيه الخلاف . وأما ما يجب في جراح العمد إذا وقعت على الشروط التي ذكرنا ، فهو القصاص ؛ لقوله تعالى : ﴿ **والجروح قصاص** ﴾[(1)] وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها ، وفيما وجد منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس ، وإنما صاروا لهذا لما روي « أن رسول الله ﷺ رفع القَوْدَ في المأمُومَةِ والمُنَقّلَةِ والجَائِفَةِ »[(2)] فرأى مالك ومن قاله بقوله : أن هذا حكم ما كان في معنى هذه من الجراح التي هي متالف ، مثل كسر عظم الرقبة ، والصلب ، والصدر ، والفخذ ، وما أشبه ذلك . وقد اختلف قول مالك في المنقلة ، فمرة قال بالقصاص ، ومرة قال بالدية ، وكذلك الأمر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوي في القصاص ، مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ، ويمنع القصاص أيضا عند مالك عدم المثل ، مثل أن يفقأ أعمى عين بصير . واختلفوا من هذا في الأعور يفقأ عين الصحيح عمدًا ، فقال الجمهور : إن أحب الصحيح أن يستقيد منه فله القود ، واختلفوا إذا عفا عن القود ، فقال قوم : إن أحب فله الدية كاملة ألف دينار ، وهو مذهب مالك ، وقيل : ليس له إلا نصف الدية ، وبه قال الشافعي ، وهو أيضا منقول عن مالك ، وبقول الشافعي قال ابن القاسم ، وبالقول الآخر قال المغيرة من

---

(١) المائدة : الآية (٤٥) .

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢ /٨٨١ رقم ٢٦٣٧) ، والبيهقي (٨ /٦٥) ، وابن أبي عاصم في الديات صـ٧٢ -٧٣ ، وأبو يعلى في المسند (١٢ /٥٨ رقم ٩ /٦٧٠٠) من حديث العباس بن عبد المطلب . من طرق فيها مقال ولكن يشهد له حديث طلحة عند البيهقي (٨ /٦٥) فلذا حسنه الألباني في صحيح ابن ماجه ، والله أعلم .

- المأمومة : الشجة التي تبلغ أم الرأس : « وهي الجلدة التي تجمع الدماغ » .
- الجائفة : الطعنة التي تنفذ إلى الجوف كالبطن ، والدماغ .
- المنقلة : الشجة التي تخرج منها صغار العظام وتنقل من أماكنها . وقيل : التي تنقل العظم ، أي : تكسره .

أصحابه وابن دينار . وقال الكوفيون : ليس للصحيح الذي فقئت عينه إلا القود أو ما اصطلحا عليه ، وقد قيل : لا يستقيد من الأعور وعليه الدية كاملة ، روي هذا عن ابن المسيب ، وعن عثمان . وعمدة صاحب هذا القول : أن عين الأعور بمنزلة عينين ، فمن فقأها في واحدة ، فكأنه اقتص من اثنتين في واحدة ، وإلى نحو هذا ذهب من رأى أنه إذا ترك القود أن له دية كاملة ، ويلزم حامل هذا القول ألّا يستقيد ضرورة ، ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية ، فهو أحرز لأصله ، فتأمله فإنه بين بنفسه والله أعلم . وأما هل المجروح مخير بين القصاص وأخذ الدية ، أم ليس له إلا القصاص فقط إلا أن يصطلحا على أخذ الدية ، ففيه قولان عن مالك ، مثل القولين في القتل ، وكذلك أحد قولي مالك في الأعور يفقأ عين الصحيح : أن الصحيح يخير بين أن يفقأ عين الأعور ، أو يأخذ الدية ألف دينار ، أو خمسمائة على الاختلاف في ذلك .

وأما متى يستقاد من الجرح ؟ فعند مالك أنه لا يستفاد من جرح إلا بعد اندماله ، وعند الشافعي على الفور ، فالشافعي تمسك بالظاهر ، ومالك رأى أن يعتبر ما يؤول إليه أمر الجرح ؛ مخافة أن يفضي إلى إتلاف النفس .

واختلف العلماء في المقتص من الجرح يموت المقتص من ذلك الجرح ، فقال مالك ، والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد لا شيء على المقتص ، وروي عن علي وعمر مثل ذلك ، وبه قال أحمد ، وأبو ثور ، وداود ، وقال أبو حنيفة والثوري ، وابن أبي ليلى ، وجماعة : إذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية ، وقال بعضهم : هي في ماله . وقال عثمان البتي : يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التي اقتص منها ، وهو قول ابن مسعود . فعمدة الفريق الأول : إجماعهم على أن السارق إذا مات من قطع يده أنه لا شيء على الذي قطع يده . وعمدة أبي حنيفة أنه قتل خطأ ، وجبت فيه الدية ، ولا يقاد عند مالك في الحر الشديد ، ولا البرد الشديد ، ويؤخر ذلك مخافة أن يموت المقاد منه ، وقد قيل : إن المكان

شرط في جواز القصاص وهو غير الحرم ، فهذا هو حكم العمد في الجنايات على النفس وفي الجنايات على أعضاء البدن . وينبغي أن نصير إلى حكم الخطأ في ذلك ، ونبتدىء بحكم الخطأ في النفس .

□ ٦١ -كتاب الديات في النفوس □

والأصل في هذا الباب قوله تعالى : ﴿ **وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خطأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ودِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إلى أهْلِهِ إلَّا أنْ يَصَّدَّقُوا** ﴾[1] والديات تختلف في الشريعة بحسب اختلاف الدماء ، وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية ، وأيضًا تختلف بحسب العمد إذا رضي بها ، إما الفريقان ، وإما من له القود على ما تقدم من الاختلاف . والنظر في الدية هو في موجبها ، أعني : في أي قتل تجب ، ثم في نوعها وفي قدرها ، وفي الوقت الذي تجب فيه ، وعلى من تجب . فأما في أي قتل تجب ، فإنهم اتفقوا على أنها تجب في قتل الخطأ ، وفي العمد الذي يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبي ، وفي العمد الذي تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل ، مثل الحر والعبد ، ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على أنه خطأ . ومنه ما اختلفوا فيه ، وقد تقدم صدر من ذلك ، وسيأتي بعد ذلك اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد .

وأما قدرها ونوعها ، فإنهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الإبل مائة من الإبل ، وهي في مذهب مالك ثلاث ديات : دية الخطأ ، ودية العمد إذا قبلت ، ودية شبه العمد . وهي عند مالك في الأشهر عنه مثل فعل المدلجي بابنه . وأما الشافعي فالدية عنه اثنان فقط : مخففة ومغلظة . فالمخففة دية الخطأ ، والمغلظة دية العمد ، ودية شبه العمد . وأما أبو حنيفة فالديات عنده اثنان أيضًا : دية الخطأ ، ودية شبه العمد ، وليس عنده دية في العمد ، وإنما الواجب عنده في العمد ما اصطلحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل ، وهو معنى قول مالك

(١) النساء : الآية (٩٢) .

المشهور ؛ لأنه إذا لم تلزمه الدية عنده إلا باصطلاح ، فلا معنى لتسميتها دية إلا ما روي عنه أنها تكون مؤجلة ، كدية الخطأ ، فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ، ودية العمد عنده أرباع : خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة ، وهو قول ابن شهاب وربيعة ، والدية المغلظة عنده أثلاثًا : ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفة وهى الحوامل ، ولا تكون المغلظة عنده في المشهور إلا في مثل فعل المدلجي بابنه ، وعند الشافعي أنها تكون في شبه العمد أثلاثًا أيضًا ، وروي ذلك أيضًا عن عمر وزيد بن ثابت ، وقال أبو ثور : الدية في العمد إذا عفا ولي الدم أخماسًا كدية الخطأ . واختلفوا في أسنان الإبل في دية الخطأ ، فقال مالك والشافعي : هي أخماس : عشرون ابنة مخاض ، وعشرون ابنة لبون ، وعشرون ابن لبون ذكرًا ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وهو مروي عن ابن شهاب وربيعة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، أعني : التخميس ، إلا أنهم جعلوا مكان ابن لبون ، ذكر ابن مخاض ذكرًا ، وروي عن ابن مسعود الوجهان جميعًا ، وروي عن سيدنا علي أنه جعلها أرباعًا ، أسقط منها الخمس والعشرين بني لبون ، وإليه ذهب عمر بن العزيز ، ولا حديث في ذلك مسند ، فدل على الإباحة – والله أعلم – كما قال أبو عمر بن عبد البر . وخرج البخاري[1] والترمذي[2] عن ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال : « في دية الخطأ عشرون

---

(١) لم يخرجه البخاري .

(٢) في السنن (٤ / ١٠ رقم ١٣٨٦) .
قلت : وأخرجه أبو داود (٤/٦٨٠ رقم ٤٥٤٥) ، والنسائي (٨/٤٣) ، وابن ماجه (٢/٨٧٩ رقم ٢٦٣١) ، والدارقطني (٣/١٧٣ رقم ٢٦٥) ، والبيهقي (٨/٧٥) .
وضعف الدارقطني الحديث ، وأطال في بيان علله ، ونقل ملخص كلامه البيهقي .
كما ضعفه المحدث الألباني في ضعيف ابن ماجه .
قلت : والصحيح أنه موقوف على ابن مسعود .

بنت مخاض وعشرون بن مخاض ذكور ، وعشرون بنات لبون ، وعشرون جذعة ، وعشرون حقة » واعتل لهذا الحديث أبو عمر بأنه روي عن خشف ابن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول ، قال : وأحب إلي في ذلك الرواية عن علي ؛ لأنه لم يختلف في ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود . وخرج أبو داود[1] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله ﷺ قضى أن من قتل خطأ فديته مائة من الإبل : ثلاثون بنت مخاض ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقة ، وعشرة بني لبون ذكر » قال أبو سليمان الخطابي هذا الحديث لا أعرف أحدًا من الفقهاء المشهورين قال به ، وإنما قال أكثر العلماء إن دية الخطأ أخماس ، وإن كانوا اختلفوا في الأصناف ، وقد روي أن دية الخطأ مربعة

---

(١) في السنن (٤ /٦٧٧ رقم ٤٥٤١) .
قلت : وأخرجه النسائي (٨ /٤٢، ٤٣) ، وابن ماجه (٢ /٨٧٨ رقم ٢٦٣٠) ، والدارقطني (٣ /١٧٥، ١٧٦ رقم ٢٦٩) ، والترمذي (٤ /١١ رقم ١٣٨٧) . وفي سنده محمد بن راشد المكحولي الخزاعي الدمشقي ، وهو صدوق يهم ، كما في التقريب (٢ /١٦٠ رقم ٢٠٨) ، وسليمان بن موسى الأموي الدمشقي الأشدق وهو صدوق فقيه ، في حديثه لين ، وخلط قبل موته بقليل . كما في التقريب (١ /٣٣١ رقم ٥٠١) ومع ذلك فقد حسنه الترمذي ، والألباني في صحيح ابن ماجه .

- الدِّية : ثمن القتل . وأرشُ الجناية .
- الخطأ في القتل : أن تقتُلَ إنساناً بفعلك من غير قصدك أن تقتله ، أو لا تقصِد ضربه بما قتلته به .
- بنت مخاض : هي ما كان لها سنةٌ إلى تمام سنتين ؛ لأن أمها ذات مخاض ، أي : حمل .
- بنت لبون : هي ما دخلت في السنة الثالثة إلى آخرها . واللَّبون : ذات اللَّبن ، والذَّكَرُ : ابنُ لَبُونٍ .
- جَذَعَةٌ : الجذَعُ والجذَعَةُ : ما دخل في السنة الخامسة إلى آخرها .
- حِقَّةٌ : الحِقَّةُ والحِق : ما استكمل ثلاث سنين ، ودخل في الرابعة ، سُمي بذلك ؛ لأنه استحقَّ أن يُركَبَ ويُحملَ عليه .

عن بعض العلماء وهم الشعبي ، والنخعي ، والحسن البصري ، وهؤلاء جعلوها : خمسًا وعشرين جذعة ، وخمسًا وعشرين حقة ، وخمسًا وعشرين بنات لبون ، وخمسًا وعشرين بنات مخاض ، كما روي عن علي وخرجه أبو داود[1] وإنما صار الجمهور إلى تخميس دية الخطأ : عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون بني مخاض ذكر ، وإن كان لم يتفقوا على بني المخاض ؛ لأنها لم تذكر في أسنان فيها ، وقياس من أخذ بحديث التخميس[2] في الخطأ . وحديث التربيع[3] في شبه العمد[4] إن ثبت هذا . النوع الثالث : أن يقول في دية العمد بالتثليث كما قد روي ذلك عن الشافعي ، ومن لم يقل بالتثليث شبه العمد بما دونه . فهذا هو مشهور أقاويلهم في الدية التي تكون من الإبل على أهل الإبل . وأما أهل الذهب والورق فإنهم اختلفوا أيضًا فيما يجب من ذلك عليهم ، فقال مالك : على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم[5] ، وقال أهل العراق : على أهل الورق عشرة

(١) في السنن (٤ /٦٨٦ رقم ٤٥٥٣) .
عن عاصم بن ضمرة ، قال : قال علي رضي الله عنه : في الخطأ أرباعاً : خمس وعشرون حِقـة ، وخمس وعشرون جَذعة ، وخمس وعشرون بنات لبون ، وخمس وعشرون بناتِ مخاض » .
وهو حديث حسن . وقد حسنه الشيخ عبد القادر الأرناؤوط في جامع الأصول (٤ /٤١١) .

(٢) وهو حديث ابن مسعود . المتقدم .

(٣) وهو حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . المتقدم .

(٤) شبه العمد : أن ترميَه بشيء ليس من عادته أن يقتُل مثلُه فيصادف قضاءً وقدراً ، أو يقـع في مقتلٍ فيُقتل ، وليـس من غَرَضِك قتله ، وهاتان القتلتان فيهما الـدِّية دون القصـاص .

(٥) الدرهم = ٢,٩٧٥ غراماً .
اثنا عشر ألفا درهم = ٣٥٧٠٠ غراماً .
انظر كتابنا « الإيضاحات العصرية في المقاييس والمكاييل والأوزان الشرعية » .

آلاف درهم ، وقال الشافعي بمصر : لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق إلا قيمة الإبل بالغة ما بلغت ، وقوله بالعراق مثل قول مالك . وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الإبل على أهل الذهب بألف دينار ، وعلى أهل الورق باثني عشر ألف درهم . وعمدة الحنفية ما رووا أيضًا عن عمر أنه قوم الدينار بعشرة دراهم ، وإجماعهم على تقويم المثقال بها في الزكاة . وأما الشافعي فيقول : إن الأصل في الدية إنما هو مائة بعير ، وعمر إنما جعل فيها ألف دينار[1] على أهل الذهب ، واثني عشر ألف درهم على أهل الورق ؛ لأن ذلك كان قيمة الإبل من الذهب والورق في زمانه ، والحجة له ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده[2] أنه قال : كانت الديات على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين . قال : فكان ذلك حتى استخلف عمر ، فقام خطيبا فقال : إن الإبل قد غلت ، ففرضها عمر على أهل الورق اثنى عشر ألف درهم ، وعلى أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاة ألفي شاة ، وعلى أهل الحلل مائتي حلة ، وترك دية أهل الذمة لم يرفع فيها شيئًا . واحتج بعض الناس لمالك ؛ لأنه لو كان تقويم عمر بدلا لكان ذلك دينًا بدين ، لإجماعهم أن الدية في الخطأ مؤجلة لثلاث سنين ، ومالك وأبو حنيفة وجماعة متفقون على أن الدية لا تؤخذ إلا من الإبل أو الذهب أو الورق . وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن والفقهاء السبعة المدنيون . يوضع على أهل الشاة ألفا شاة ، وعلى أهل البقر مائتا بقرة ، وعلى أهل البرود مائتا حلة ، وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن

---

(١) الدينار = ٤,٢٥ غراماً .
ألف دينار = ٤٢٥٠ غراماً .
انظر المرجع السابق .

(٢) أخرجه أبو داود (٤ /٦٧٩ رقم ٤٥٤٢) ، والبيهقي (٨ /٧٧) وهو حديث حسن.

جده المتقدم ، وما أسنده أبو بكر بن أبي شيبة[1] عن عطاء « أن رسول الله ﷺ وضع الدية على الناس في أموالهم ما كانت على أهل الإبل مائة بعير ، وعلى أهل الشاة ألفا شاةٍ، وعلى أهل البقر مائتا بقرة، وعلى أهل البرود مائتا حلة » وما روي عن عمر بن عبد العزيز[2] أنه كتب إلى الأَجْنَادِ أنَّ الدِّيَةَ كانت على عهد رسول الله ﷺ مائة بعيرٍ . قَال : فإن كان الذى أصابه من الأعراب فديته من الإبل ، لا يكلف الأعرابي الذهب ولا الورق ، فإن لم يجد الأعرابي مائة من الإبل فعدلها من الشاة ألف شاة . ولأن أهل العراق أيضًا رووا عن عمر مثل حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نصًا . وعمدة الفريق الأول أنه لو جاز أن تقوم بالشاة والبقر ،جاز أن تقوم بالطعام على أهل الطعام ، وبالخيل على أهل الخيل ، وهذا لا يقول به أحد . والنظر في الدية كما قلت هو في نوعها ، وفي مقدارها ، وعلى من تجب ، وفيما تجب ، ومتى تجب ؟. أما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه في الذكور الأحرار المسلمين . وأما على من تجب ؟ فلا خلاف بينهم أن دية الخطأ تجب على العاقلة[3] وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى : ﴿ ولا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾[4] ومن قوله ﷺ لأبي

---

(١) في المصنف (٩ /١٢٧ رقم ٦٧٧٩) وزاد : وقد جعل على أهل القمح شيئاً لا أحفظه .
قلت : وأخرجه أبو داود (٤ /٦٨٠ رقم ٤٥٤٣) و (٤ /٦٨٠ رقم ٤٥٤٤) مرسلاً ومسنداً ، وفيه عنعنة محمد بن إسحاق ، فالمرسل فيه علتان : الإرسال ، وكونه فيه عنعنة محمد بن إسحاق ، وهو مدلس إذا عنعن ؛ والمسند فيه علتان أيضاً : كونه فيه عنعنة محمد بن إسحاق أيضاً . وكونه قال فيه : ذكر عطاء عن جابر بن عبدالله ، ولم يسم من حدثه عن عطاء فهي رواية عن مجهول .
وخلاصة القول : أن الحديث ضعيف .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في « المصنف » (٩ /١٢٨ رقم ٦٧٨٠) .

(٣) العاقلة : هم العصبة والأقارب من قِبَلِ الأب ، الذين يُعطون دية قتيل الخطأ .

(٤) فاطر : الآية (١٨) .

زمنة لولده : « لَا يَجْنِي عَلَيْكَ ولا تَجْنِي عَلَيْهِ »[1] . وأما دية العمد فجمهورهم على أنها ليست على العاقلة ؛ لما روي عن ابن عباس ولا مخالف له من الصحابة أنه قال : لا تحمل العاقلة عمدًا ولا اعترافًا ولا صلحًا في عمد ، وجمهورهم على أنها لا تحمل من أصاب نفسه خطأ ، وشذ الأوزاعي فقال : من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية ، وكذلك عندهم في قطع الأعضاء . وروي عن عمر أن رجلًا فقأ عين نفسه خطأ ، فقضى له عمر بديتها على عاقلته . واختلفوا في دية شبه العمد ، وفي الدية المغلظة على قولين : واختلفوا في دية ما جناه المجنون والصبي على من تجب ؟ فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة إنه كله يحمل على العاقلة ، وقال الشافعي عمد الصبي في ماله .

وسبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العامد والمخطىء ، فمن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية في ماله ، ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة ، وكذلك اختلفوا إذا اشترك في القتل عامد وصبي ، والذين أوجبوا على العامد القصاص ، وعلى الصبي الدية ، اختلفوا على من تكون ؟ فقال الشافعي : على أصله في مال الصبي ، وقال مالك : على العاقلة ، وأما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص بينهما . وأما متى تجب ؟ فإنهم اتفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة في

---

(١) أخرجه أبو داود (٤ /٦٣٥ رقم ٤٤٨٥) ، والنسائي (٨ /٥٣، ٥٤) ، وأحمد (٢ /٢٢٦) ، والدارمي (٢ /١٩٩) ، والشافعي في ترتيب المسند (٩ /٩٨ رقم ٣٢٥) ، والبيهقي (٨ /٢٧) وغيرهم .
من حديث رمثة ، قال : دخلت مع أبي على رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ : « من هذا معك ؟ قال : ابني أشهد به فقال : أما إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه » .
وله عندهم ألفاظ متعددة .
منها : « أنه رأى النبي ﷺ بالحناء وعليه بردان أخضران » .
وأخرجه الترمذي (٤ /١٤٦ رقم ١٧٢٤) إلا أنه لم يذكر محل الشاهد منه .
وقال : حديث حسن غريب .

ثلاث سنين ، وأما دية العمد فحالة إلا أن يصطلحا على التأجيل .

وأما من هم العاقلة ؟ فإن جمهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا على أن العاقلة هي القرابة من قبل الأب ، وهم العصبة دون أهل الديوان ، وتحمل الموالى العقل عند جمهورهم إذا عجزت عنه العصبة ، إلا داود فإنه لم ير الموالي عصبة ، وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك ، وقال الشافعي : على الغني دينار وعلى الفقير نصف دينار ، وهي عند الشافعي مرتبة على القرابة بحسب قربهم ، فالأقرب من بني أبيه ، ثم من بني جده ، ثم من بني بني أبيه ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : العاقلة هم أهل ديوانه إن كان من أهل ديوان . وعمدةُ أهْل الحجازِ : أنه تعاقَلَ الناسُ في زمان رسـولِ اللهِ ﷺ وفي زمان أبي بَكْرٍ ولم يَكُن هناكَ ديوانٌ ، وإنما كان الديوانُ في زَمَنِ عُمر بن الخطابِ[1] . واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم[2] عن النبي ﷺ أنه قال : « لا حِلْفَ في الإسْلام ، وأَيُّمَا حِلْفٍ كانَ في الجاهِلِيَّةِ فَلا يَزِيدُهُ الإسْلامُ إلا قُوَّةً » . وبالجملة فتمسكوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحلفاء . واختلفوا في جناية من لا عصبة له ، ولا موالي ، وهم السائبة إذا جنوا خطأً هل يكون عليه عقل أم لا ؟، وإن كان فعلى من يكون ؟ فقال من لم يجعل لهم موالي : ليس على السائبة عقل ، وكذلك من لم يجعل العقل على الموالي ، وهو داود وأصحابه . وقال : من جعل ولاءه لمن أعتقه ؛ عليه عقله ، وقال : من جعل ولاءه للمسلمين ؛ عقله

---

(١) هذا معروف من الأحاديث وأخبار السير والتاريخ .
وقد حكى ابن عبد البر الإجماع على أن الديوان إنما حدث في زمان عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وأخرج ابن أبي شيبة في المصنف (١٢ /٣١٢ رقم ١٢٩٢٧) عن جابر قال : أول من فرض الفرائض ودون الدواوين وعرف العرفاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

(٢) أخرجه مسلم (٤ /١٩٦١ رقم ٢٠٦ /٢٥٣٠) ، وأبو داود (٣ /٣٣٨ رقم ٢٩٢٥) بلفظ « لم يزده الإسلامُ إلا شِدَّةً » .

في بيت المال ، ومن قال : إن للسائبة أن يوالي من شاء ، جعل عقله لمن ولاه ، وكل هذه الأقاويل قد حكيت عن السلف . والديات تختلف بحسب اختلاف المودي فيه ، والمؤثر في نقصان الدية هى الأنوثة والكفر والعبودية . أما دية المرأة فإنهم اتفقوا على أنها على النصف من دية الرجل في النفس فقط . واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والأعضاء على ما سيأتي القول فيه في ديات الجروح والأعضاء . وأما دية أهل الذمة إذا قتلوا خطأ ، فإن للعلماء في ذلك ثلاثة أقوال :

أحدها : أن ديتهم على النصف من دية المسلم ذكرانهم على النصف من ذكران المسلمين ، ونساؤهم على النصف من نسائهم ، وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز ، وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين .

والقول الثاني : أن ديتهم ثلث دية المسلم ، وبه قال الشافعي ، وهو مروي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان ، وقال به جماعة من التابعين .

والقول الثالث : أن ديتهم مثل دية المسلمين ، وبه قال أبو حنيفة والثوري وجماعة ، وهو مروي عن ابن مسعود ، وقد روي عن عمر وعثمان ، وقال به جماعة من التابعين . فعمدة الفريق الأول : ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده[1] عن النبي ﷺ أنه قال : « دِيَةُ الكافِرِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ

---

(١) أخرجه ابن أبي عاصم في « الديات » صـ٨٧ –٨٨ . من طريق محمد بن إسحاق ، عن عمرو بن شعيب به باللفظ الذي ذكره المصنف ، وزاد : « لا يقتل مسلم بكافر » .
وهو حديث حسن على الخلاف المعروف في رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وإن كان في إسناده محمد بن إسحاق وهو مدلس ولم يصرح بالتحديث ، فإنه قد توبع .
فقد أخرجه أبو داود (٤ /٧٠٧ رقم ٤٥٨٣) و (٤ /٦٧٩ رقم ٤٥٤٢) ، والترمذي (٤ /٢٥ رقم ١٤١٣) ، والنسائي (٨ /٤٥) ، وابن ماجه (٢ /٨٨٣ رقم ٢٦٤٤) ، والدارقطني (٣ /١٧١ رقم ٢٦٠ ، ٢٦١) ، والبيهقي (٨ /١٠١) ، والطيالسي (١ /٢٩٥ رقم ١٤٩٩ – منحة المعبود) ، وأحمد (٢ /١٨٠ ، ١٨٣ ، =

المُسْلِم » وعمدة الحنفية : عموم قوله تعالى : ﴿ وإنْ كانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثاقٌ فَدِيةٌ مُسَلَّمَةٌ إلى أهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبة مُؤْمِنَةٍ ﴾ [1] . ومن السنة ما رواه معمر عن الزهري قال : « ديةُ اليهودي والنصراني وكلٍّ ذمي مثل ديةِ المسلم . قال : وكانت على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي حتى كان معاوية ، فجعل في بيت المالِ نصْفَهَا ، وأعطى أهلَ المقتُولِ نصفَها ، ثم قضى عُمر بنُ عبدِ العزيزِ بنصفِ الديةِ ، وألْغَى الذي جَعَلَهُ معاويةُ في بيتِ المالِ ، قال الزهري : فلم يَقض لي أن أذكر بذلكَ عُمر بن عبد العزيز فأُخبِرُهُ أن الدِّيةَ كانت تامَّةً لأهلِ الذمةِ » [2] وأما إذا قتل العبد خطأ أو عمدًا على من لا يرى القصاص

= ٢٢٤) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٩ /٢٨٧ ، ٢٨٨) ، وعبد الرزاق في المصنف (١٠ /٩٢ رقم ١٨٤٧٥) ، والبغوي في شرح السنة (١٠ /٢٠٣ رقم ٢٥٤٢) من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

(١) النساء : الآية (٩٢) .

(٢) ● أخرجه عبد الرزاق في « المصنف » (١٠ /٩٥ رقم ١٨٤٩١) قال : أنا معمر بهذا وزاد ، قال معمر قلت : للزهري : بلغني أن ابن المسيب قال : ديته أربعة آلاف . فقال : إن خير الأمور ما عرض على كتاب الله ، قال تعالى : ﴿ وإنْ كانَ من قوم بينكم وبينهم ميثاقٌ فديةٌ مسلمةٌ إلى أهلِهِ ﴾ [النساء : ٩٢] .

● وأخرجه ابن أبي عاصم في « الديات » صـ٨٥ –٨٦ . قال : حدثنا أبو يوسف الصيدلاني ، ثنا محمد بن سلمة ، ثنا محمد بن إسحاق قال : سألت الزهري ، قلت : حدثني عن دية الذمي كم كانت على عهد رسول الله ﷺ فقد اختُلِفَ علينا فيها ، فقال : ما بقي أحد بين المشرق والمغرب أعلم بذلك مني ، كانت على عهد رسول الله ﷺ ألف دينار وأبي بكر وعمر وعثمان ، حتى كان معاوية أعطى أهل القتيل خمسمائة دينار ، ووضع في بيت المال خمسمائة دينار .

قلت : إسناده حسن إلى الزهري : رجاله ثقات غير محمد بن إسحاق ، وهو حسن الحديث إذا صرح بالتحديث .

● وأخرجه البيهقي (٨ /١٠٢) من طريق جعفر بن عون ، أنبأنا ابن جريج ، عن الزهري به ، نحو رواية معمر . =

فيه ، فقال قوم : عليه قيمته بالغة ما بلغت وإن زادت على دية الحر ، وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ، وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز . وقال أبو حنيفة ومحمد : لا يتجاوز بقيمة العبد الدية ، وقالت طائفة من فقهاء الكوفة : فيه الدية ، ولكن لا يبلغ به دية الحر : ينقص منها شيئًا . وعمدة الحنفية : أن الرق حال نقص ، فوجب ألَّا تزيد قيمته على دية الحر . وعمدة من أوجب فيه الدية ، ولكن ناقصة عن دية الحر أنه مكلف ناقص ، فوجب أن يكون الحكم ناقصًا عن الحر ، لكن واحدًا بالنوع أصله الحد في الزنا والقذف والخمر والطلاق ، ولو قيل فيه : إنها تكون على النصف من دية الحر ؛ لكان قولًا له وجه ، أعني : في دية الخطأ ، لكن لم يقل به أحد . وعمدة مالك أنه مال قد أتلف ، فوجب فيه القيمة ، أصله سائر الأموال . واختلف في الواجب في العبد على من يجب ؟ فقال أبو حنيفة : هو على عاقلة القاتل ، وهو الأشهر عن الشافعي ، وقال مالك : هو على القاتل نفسه . وعمدة مالك تشبيه العبد بالعروض . وعمدة الشافعي : قياسه على الحر .

ومما يدخل في هذا الباب من أنواع الخطأ دية الجنين ، وذلك لأن سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمدًا محضًا ، وإنما هو عمد في أمه خطأ فيه ، والنظر في هذا الباب هو أيضًا في الواجب في ضروب الأجنة وفي صفة الجنين الذي يجب فيه الواجب ، وعلى من تجب ، ولمن يجب ، وفي شروط الوجوب . فأما الأجنة فإنهم اتفقوا على أن الواجب في جنين الحرة وجنين الأمة من سيدها هو

= قال البيهقي : (وقد رده الشافعي بكونه مرسلاً ، وبأن الزهري قَبَّحَ المرسل ، وإن روينا عن عمر وعثمان ما هو أصح منه) .

● وأخرج أبو داود في المراسيل (رقم ٢٦٨) عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن مثل ما سبق عن الزهري . وذكره الزيلعي في « نصب الراية » (٤ /٣٦٧) وقال : « أخرجه أبو داود في مراسيله بسند صحيح ، عن ربيعة بن أبي عبدالرحمن .. » .

غرة لما ثبت عنه ﷺ من حديث أبي هريرة(1) وغيره « أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها ، فقضى فيه رسول الله ﷺ بغـرة عبد أو وليدة » واتفقوا على أن قيمة الغرة الواجبة في ذلك عند من رأى أن الغرة في ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هي نصف عشر دية أمه ، إلا أن من رأى أن الدية الكاملة على أهل الدراهم هي عشرة آلاف درهم ؛ قال : دية الجنين خمسمائة درهم ، ومن رأى أنها اثنا عشر ألف درهم ، قال : ستمائة درهم ، والذين لم يحدوا في ذلك حدًا أو لم يحدوها من جهة القيمة ، وأجازوا إخراج قيمتها عنها قالوا : الواجب في ذلك قيمة الغرة بالغة ما بلغت ، وقال داود وأهل الظاهر : كل ما وقع عليه اسم غرة أجزأ ، ولا يجزئ عنده القيمة في ذلك فيما أحسب . واختلفوا في الواجب في جنين الأمة وفي جنين الكتابية ، فذهب مالك والشافعي ، إلى أن في جنين الأمة عشر قيمة أمه ، ذكرا كان أو أنثى يوم يجنى عليه ، وفرق قوم بين الذكر والأنثى ، فقال قوم : إن كان أنثى فيه عشر قيمة أمه ، وإن كان ذكرا فعشر قيمته لو كان حيا ، وبه قال أبو حنيفة ، ولا خلاف عندهم أن جنين الأمة إذا سقط حيًا أن فيه قيمته ، وقال أبو يوسف : في جنين الأمة إذا سقط ميتا ما نقص من قيمة أمه . وأما جنين الذمية ، فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : فيه عشر دية أمه ، لكن أبو حنيفة على أصله في أن دية

(1) أخرجه البخاري (١٢/ ٢٤٦ رقم ٦٩٠٤) ، ومسلم (٣/ ١٣٠٩رقم ٣٤/ ١٦٨١) . وله ألفاظ .

● غُرَّةٌ : عَبْدٌ أو وليدةٌ :

الغُرَّةُ عند العرب : هو العبد أو الأمة . وهو عند الفقهاء من العبيد والإماء : ما بلغ ثمنه نصف عُشر الدية ، والنبي ﷺ كَنَّى بالغُرة عن الجسم جميعِهِ .

والغرةُ : بياض يكون في وجه الفرس ، وكان أبو عمرو بن العلاء ، يقول : الغرة : عبد أبيض ، أو أمة بيضاء ، وإنما سُمِّي غرةً لبياضها ، فلا يقبل في الدية عبد أسود ، أو جارية سوداء ، والغرة إنما تجب في الجنين إذا سقط ميتاً ، فإن سقط حياً ثم مات ، ففيه الدية كاملة .

الذمي دية المسلم ، والشافعي على أصله في أن دية الذمي ثلث دية المسلم ، ومالك على أصله في أن دية الذمي نصف دية المسلم . وأما صفة الجنين الذى تجب فيه فإنهم اتفقوا على أن من شروطه أن يخرج الجنين ميتًا ولا تموت أمه من الضرب . واختلفوا إذا ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتًا ، فقال الشافعي ومالك : لا شيء فيه ، وقال أشهب : فيه الغرة ، وبه قال الليث وربيعة والزهري . واختلفوا من هذا الباب في فروع ، وهي العلامة التي تدل على سقوطه حيًا أو ميتًا . فذهب مالك وأصحابه إلى أن علامة الحياة الاستهلال بالصياح أو البكاء ، وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأكثر الفقهاء : كل ما علمت به الحياة في العادة من حركة أو عطاس أو تنفس فأحكامه أحكام الحي ، وهو الأظهر .

واختلفوا من هذا الباب في الخلقة التي توجب الغرة ، فقال مالك : كل ما طرحته من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد ، ففيه الغرة ، وقال الشافعي : لا شيء فيه حتى تستبين الخلقة . والأجود أن يعتبر نفخ الروح فيه ، أعني : أن يكون تجب فيه الغرة إذا علم أن الحياة قد كانت وجدت فيه . وأما على من تجب ؟ فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقالت طائفة منهم مالك ، والحسن بن حي ، والحسن البصري : هي في مال الجاني ، وقال آخرون : هي على العاقلة ، وممن قال بذلك الشافعي ، وأبو حنيفة ، والثوري ، وجماعة . وعمدتهم : أنها جناية خطأ فوجبت على العاقلة . وما روي أيضًا عن جابر بن عبد الله[1] « أن النبي ﷺ جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدأ بزوجها وولدها » . وأما

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في « المصنف » (٩ /٢٥٤ رقم ٧٣٣٩) ، والبيهقي (٨ /١٠٧) وابن أبي عاصم في « الديات » صـ٧٥ .
قلت : في إسناده : مجالد بن سعيد ، وهو ضعيف .
وأخرجه أبو داود (٤ /٧٠٠ رقم ٤٥٧٥) ، وابن ماجه مختصراً (٢ /٨٨٤ رقم ٢٦٤٨) .

مالك فشبهها بدية العمد إذا كان الضرب عمدًا . وأما لمن تجب ؟ فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : هي لورثة الجنين ، وحكمها حكم الدية في أنها موروثة ، وقال ربيعة والليث : هي للأم خاصة ، وذلك أنهم شبهوا جنينها بعضو من أعضائها ، ومن الواجب الذي اختلفوا فيه في الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة ، فذهب الشافعي إلى أن فيه الكفارة واجبة ، وذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس فيه كفارة ، واستحسنها مالك ولم يوجبها . فأما الشافعي فإنه أوجبها ؛ لأن الكفارة عنده واجبة في العمد والخطأ . وأما أبوحنيفة فإنه غلب عليه حكم العمد ، والكفارة لا تجب عنده في العمد . وأما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد وتجب في الخطأ ، وكان هذا مترددًا عنده بين العمد والخطأ ؛ استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها . ومن أنواع الخطأ المختلف فيه ، اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد ، فقال الجمهور : هم ضامنون لما أصابت الدابة ، واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذي أجرى فرسه فوطئ آخر بالعقل . وقال أهل الظاهر : لا ضمان على أحد في جرح العجماء ، واعتمدوا الأثر الثابت فيه عنه ﷺ من حديث أبي هريرة[1] أنه قال ﷺ : « جُرْحُ العَجْماءِ جُبارٌ ، وَالْبِئْرُ جُبارٌ ، والمَعْدِنُ جُبارٌ ، وفي الرِّكازِ الخُمُسُ » فحمل الجمهور الحديث على أنه إذا لم يكن بالدابة راكب ولا سائق ولا قائد ؛ لأنهم رأوا أنه إذا أصابت الدابة أحدا وعليها راكب أو لها قائد أو سائق ، فإن الراكب لها أو السائق أو القائد هو المصيب ولكن خطأ . واختلف الجمهور فيما أصابت الدابة برجلها ، فقال مالك : لاشيء فيه إن لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيئا يبعثها به على

(١) أخرجه البخاري (١٢ /٢٥٤ رقم ٦٩١٢) ، ومسلم (٣ /١٣٣٤ رقم ٤٥ / ١٧١٠) ، وأبو داود (٤ /٧١٥ رقم ٤٥٩٣) ، والترمذي (٣ /٣٤ رقم ٦٤٢) ، والنسائي (٥ /٤٥) ، وابن ماجه (٢ /٨٩١ رقم ٢٦٧٣) ، وأحمد (٢ /٤٧٥) ، ومالك (٢ /٨٦٨ رقم ١٢) وغيرهم .

أن ترمح برجلها ؛ وقال الشافعي : يضمن الراكب ما أصابت بيدها أو برجلها ، وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلي ، وسوّيا بين الضمان برجلها أو بغير رجلها ، وبه قال أبوحنيفة ، إلا أنه استثنى الرمحة بالرجل أو بالذنب ، وربما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روي عنه ﷺ : « الرِّجل جُبارٌ »[1] ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي ورده . وأقاويل العلماء فيمن حفر بئرا فوقع فيه إنسان متقاربة ، قال مالك : إن حفر في موضع جرت العادة الحفر في مثله ، لم يضمن ، وإن تعدى في الحفر ضمن ، وقال الليث : إن حفر في أرض يملكها لم يضمن ، وإن حفر فيما لا يملك ضمن ، فمن ضمن عنده فهو من نوع الخطأ . وكذلك اختلفوا في الدابة الموقوفة ، فقال بعضهم : إن أوقفها بحيث يجب له أن يوقفها ، لم يضمن ، وإن لم يفعل ضمن ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يضمن على كل حال ، وليس يبرئه أن يربطها بموضع يجوز له أن يربطها فيه ، كما لا يبرئه ركوبها من ضمان ما أصابته ، وإن كان الركوب مباحًا . واختلفوا في الفارسين يصطدمان فيموت كل واحد منهما ، فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة : على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة ، وقال الشافعي وعثمان البتي : على كل

---

(١) أخرجه أبو داود (٤ /٧١٤ رقم ٤٥٩٢) ، والنسائي في الكبرى كما عزاه إليه المزي في أطرافه (١٠ /١٠ رقم ١٣١٢٠) ، والدارقطني (٣ /١٥٢ رقم ٢٠٨) ، وابن أبي عاصم في « الديات » (صـ٨٢) ، والطبراني في الصغير (٢ /٣٩ رقم ٧٤٢) كلهم من طريق سفيان بن حسين به ، وقال الطبراني : « لم يروه عن الزهري إلا سفيان بن حسين » .
قلت : وهو ضعيف في الزهري ، كما في التقريب (١ /٣١٠ رقم ٣٠٣) ، وقال الدارقطني : « لم يتابع سفيان بن حسين على قوله : « الرجل جبار » وهو وهم ؛ لأن الثقات الذين قدمنا أحاديثهم خالفوه ولم يذكروا ذلك ، وكذلك رواه أبو صالح السمان ، وعبد الرحمن الأعرج ، ومحمد بن سيرين ، ومحمد بن زياد وغيرهم عن أبي هريرة لم يذكروا فيه « الرجل جبار » وهو المحفوظ عن أبي هريرة » اهـ .
قلت : وخلاصة القول : أن الحديث ضعيف .

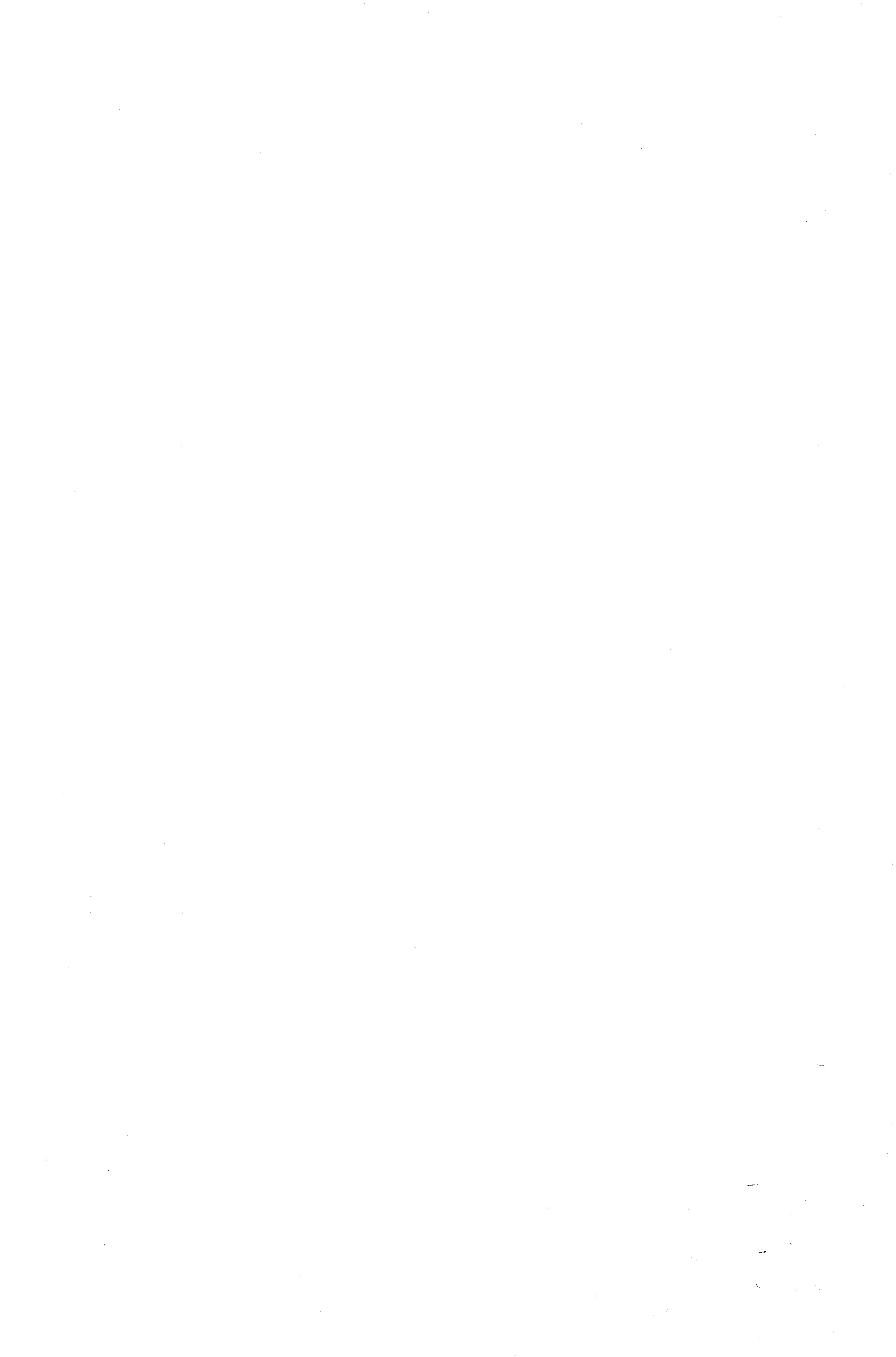
واحد منهما نصف دية صاحبه ؛ لأن كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه . وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية ، مثل أن يقطع الحشفة في الختان ، وما أشبه ذلك ؛ لأنه في معنى الجاني خطأ ، وعن مالك رواية : أنه ليس عليه شيء ، وذلك عنده إذا كان من أهل الطب ، ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن ؛ لأنه متعد ، وقد ورد في ذلك مع الإجماع ، حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده[1] أن رسول الله ﷺ قال : « مَنْ تَطَبَّبَ وَلَمْ يُعْلَمْ مِنْهُ قَبْلَ ذلكَ الطِّبُّ فَهُوَ ضَامِنٌ » والدية فيما أخطأه الطبيب عند الجمهور على العاقلة ، ومن أهل العلم من جعله في مال الطبيب ، ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنها في ماله على ظاهر حديث عمرو بن شعيب .

ولا خلاف بينهم أن الكفارة التي نص الله عليها في قتل الحر خطأ واجبة . واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة ؟ وفي قتل العبد خطأ ، فأوجبها مالك في قتل الحر فقط في الخطأ دون العمد ، وأوجبها الشافعي في العمد من طريق الأولى والأحرى ، وعند مالك أن العمد في هذا حكمه حكم الخطأ . واختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام ، فقال مالك وأبو حنيفة ، وابن أبي ليلى : لا تغلظ الدية فيهما ، وقال الشافعي : تغلظ فيهما في النفس وفي الجراح . وروي عن القاسم بن محمد ، وابن شهاب ، وغيرهم ، أنه يزاد فيها مثل ثلثها ، وروي ذلك عن عمر ، وكذلك عند الشافعي من قتل ذا رحم محرم . وعمدة مالك وأبي حنيفة : عموم الظاهر في توقيت الديات ، فمن ادعى في ذلك تخصيصًا فعليه الدليل مع أنهم قد أجمعوا على أنه لا تغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما . وعمدة الشافعي : أن ذلك مروي عن عمر وعثمان وابن عباس ، وإذا روي عن

---

(١) أخرجه أبو داود (٤ /٧١٠ رقم ٤٥٨٦) ، والنسائي (٨ /٥٢ ، ٥٣) ، وابن ماجه (٢ /١١٤٨ رقم ٣٤٦٦) ، والحاكم (٤ /٢١٢) .
وهو حديث حسن .

الصحابة شيء مخالف للقياس ؛ وجب حمله على التوقيف ، ووجه مخالفته للقياس أن التغليظ فيما وقع خطأ بعيد عن أصول الشرع ، وللفريق الثاني أن يقول:إنه قد ينقدح في ذلك قياس لما ثبت في الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصيود فيه .



□ ٦٢ - كتاب الديات فيما دون النفس □

والأشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شجاج وأعضاء ، فلنبدأ بالقول في الشجاج ، والنظر في هذا الباب في محل الوجوب ، وشرطه ، وفي قدره الواجب ، وعلى من تجب ؟ ومتى تجب ؟ ولمن تجب ؟ فأما محل الوجوب **فهي** الشجاج أو قطع الأعضاء ، والشجاج عشرة في اللغة والفقه : **أولها** : الدامية وهي التي تدمي الجلد ، ثم **الخارصة** : وهي التي تشق الجلد ، **ثم الباضعة** : وهي التي تبضع اللحم : أي تشقه ، **ثم المتلاحمة** : وهي التي أخذت في اللحم ، **ثم السمحاق** : وهى التي تبلغ السمحاق وهو الغشاء الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها : الملطاء بالمد والقصـر ، **ثم الموضحة** : وهي التي توضح العظم : أي تكشفه ، **ثم الهاشمة** : وهى التي تهشم العظم ، **ثم المنقلة** : وهي التي يطير العظم منها ، **ثم المأمومة** : وهي التي تصل أم الدماغ ، **ثم الجائفة** : وهي التي تصل إلى الجوف ، وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن ، واسم الجرح يختص بما وقع في البدن ، فهذه أسماء هذه الشجاج .

فأما أحكامها ، أعني : الواجب فيها ، فاتفق العلماء على أن العقل واقع في عمد الموضحة وما دون الموضحة خطأ . واتفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطأ عقل ، وإنما فيها حكومة ، قال بعضهم : أجرة الطبيب ، إلا ما روي عن عمر ، وعثمان : أنهما قضيا في السمحاق بنصف دية الموضحة ، وروي عن علي أنه قضى فيها بأربع من الإبل ، وروي عن زيد بن ثابت أنه قال : في الدامية بعير ، وفي الباضعة بعيران ، وفي المتلاحمة : ثلاثة أبعرة ، وفي السمحاق : أربعة ، والجمهور من فقهاء الأمصار على ما ذكرنا ، وذلك أن الأصل في الجراح

الحكومة إلا ما وقتت فيه السنة حدًا ، ومالك يعتبر في إلزام الحكومة فيما دون الموضحة أن تبرأ على شين ، والغير من فقهاء الأمصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ ، فهذه هي أحكام ما دون الموضحة . فأما الموضحة فجميع الفقهاء على أن فيها إذا كانت خطأ خمسًا من الإبل ، وثبت ذلك عن رسول الله ﷺ في كتابه لعمرو بن حزم[1] ، ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده[2] أن النبي ﷺ قال : « في المُوضِحَةِ خَمْسٌ » يعني : من الإبل ، واختلف العلماء في موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا ، أعني : على وجوب القصاص في العمد ووجوب الدية في الخطأ منها ، فقال مالك : لا تكون الموضحة إلا في جهة الرأس ، والجبهة ، والخدين ، واللّحي الأعلى ، ولا تكون في اللّحي الأسفل ؛ لأنه في حكم العنق ولا في الأنف ، وأما الشافعي وأبو حنيفة : فالموضحة عندهما في جميع الوجه والرأس ، والجمهور : على أنها لا تكون في الجسد . وقال الليث وطائفة : تكون الموضحة في الجنب ، وقال الأوزاعي : إذا كانت في الجسد كانت على النصف من ديتها في الوجه والرأس . وروي عن عمر أنه قال : في موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو . وغلط بعض العلماء في موضحة الوجه تبرأ على شين ، فرأى فيها مثل نصف عقلها زائدًا على عقلها ، وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار ، واضطرب قول مالك في ذلك ، فمرة قال بقول سليمان بن يسار ، ومرة قال :

---

(١) سيأتي تخريجه قريباً .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٩ /١٤٢ رقم ٦٨٣٠) ، وعبد الرزاق (٩ /٣٠٦ رقم ١٧٣٢٤) ، وأبو داود (٤ /٦٩٥رقم ٤٥٦٦) ، والترمذي (٤ /١٣ رقم ١٣٩٠) ، والنسائي (٨ /٥٧) ، والبيهقي (٨ /٨١) ، وابن ماجه (٢ /٨٨٦ رقم ٢٦٥٥) ، والدارمي (٢ /١٩٤) ، وابن الجارود (رقم ٧٨٥) ، والبغوي في شرح السنة (١٠ /١٩٥) من طرق ..

وقال الترمذي : حديث حسن صحيح ، وصححه الألباني في الإرواء (رقم ٢٢٨٥) .

لا يزاد فيها على عقلها شيء ، وبه قال الجمهور ، وقد قيل عن مالك : إنه قال : إذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ، ومعنى الحكومة عند مالك : ما نقص من قيمته أن لو كان عبدًا . وأما الهاشمة : ففيها عند الجمهور عشر الدية ، وروي ذلك عن زيد بن ثابت ، ولا مخالف له من الصحابة ، وقال بعض العلماء : الهاشمة : هي المنقلة ، وشذ . وأما المنقلة فلا خلاف أن فيها عشر الدية ونصف العشر إذا كانت خطأ ، فأما إذا كانت عمدًا ، فجمهور العلماء على أن ليس فيها قود لمكان الخوف . وحكي عن ابن الزبير أنه أقاد منها ، ومن المأمومة . وأما الهاشمة في العمد ، فروى ابن القاسم عن مالك : أنه ليس فيها قود . ومن أجاز القود من المنقلة كان أحرى أن يجيز ذلك من الهاشمة . وأما المأمومة فلا خلاف أنه لا يقاد منها ، وأن فيها ثلث الدية ، إلا ما حكي عن ابن الزبير . وأما الجائفة : فاتفقوا على أنها من جراح الجسد لا من جراح الرأس ، وأنها لا يقاد منها ، وأن فيها ثلث الدية ، وأنها جائفة متى وقعت في الظهر والبطن . واختلفوا إذا وقعت في غير ذلك من الأعضاء فنفذت إلى تجويفه ، فحكى مالك عن سعيد بن المسيب : أن في كل جراحة نافذة إلى تجويف عضو من الأعضاء - أي عضو كان - ثلث دية ذلك العضو . وحكى ابن شهاب : أنه كان لا يرى ذلك ، وهو الذي اختاره مالك ؛ لأن القياس عنده في هذا لايسوغ ، وإنما سنده في ذلك الاجتهاد من غير توقيف ، وأما سعيد فإنه قاس ذلك على الجائفة على نحو ما روي عن عمر في موضحة الجسد . وأما الجراحات التي تقع في سائر الجسد ، فليس في الخطأ منها إلا الحكومة .

○ القول في ديات الأعضاء ○

والأصل فيما فيه من الأعضاء إذا قطع خطأ مال محدود ، وهو الذي يسمى دية ، وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن أبيه[1] أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم في العقول « إنَّ في النَّفْسِ

(١) كذا قال ابن رشد : « عمرو بن حزم عن أبيه » .
وإنما هو « عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه » ، هكذا أخرجه مالك (٢ /٨٤٩ رقم١) ، وعن مالك أخرجه الشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٠٨ - ١١٠ رقم ٣٦٣ ، ٣٦٩ ، ٣٧٠ ، ٣٧٢) ، وهو مرسل أو معضل .
وقد وصله معمر عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه عن جده .
أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٩ /٣٠٦ ، ٣١٦ ، ٣٢٦ ، ٣٣٨ ، ٣٤٤ ، ٣٨٠ ، ٣٨٣ رقم ١٧٣١٤ ، ١٧٣٥٨ ، ١٧٤٠٨ ، ١٧٤٥٧ ، ١٧٤٨٨ ، ١٧٦٧٩ ، ١٧٦٩٤).
والدارقطني (٣ /٢١٠ رقم ٣٧٩) . من طريقه .
ووصله أيضاً الزهري عن أبي بكر بالسند المذكور :
أخرجه جماعة مفرقاً منهم : الدارمي (٢ /١٩٣) ، والنسائي (٨ /٥٨) ، والبيهقي (٨ /٨٠ ، ٨١) ، ولم يذكره بتمامه إلا الحاكم (١ /٣٩٥ ، ٣٩٦ ، ٣٩٧) ، وابن حبان في صحيحه (صـ٢٠٢ -٢٠٣ رقم ٧٩٣) .
وقد اختُلِفَ في صحة هذا الكتاب ، وفي بعض رجال إسناده وهو صحيح لا مغمز فيه ، سواءً من جهة بعض طرقه كالطريق التي صححه منها ابن حبان والحاكم ومن وافقهما . أو من جهة اشتهار الكتاب بين أهل القرن الأول والثاني ، ووجوده وجوداً مقطوعاً به بين آل عمرو بن حزم ، واطلاع كثير من رجال العصر الأول عليه واشتهاره بين أهل المدينة وعلمائها ..
قلت : وقد تكلم العلماء في اتصال إسناده وانقطاعه ، والراجح الصحيح عندنا أنه متصل صحيح .
● قال الحاكم : حدثنا أبو زكريا يحيى بن محمد العنبري ، ثنا أبو عبد الله محمد بن =

....

= إبراهيم بن سعيد العبدي ، ثنا أبو صالح الحكم بن موسى القنطري ، ثنا يحيى بن حمزة عن سليمان بن داود ، عن الزهري ، عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده ، عن النبي ﷺ أنه كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرايض والسنن والديات ، وبعث مع عمرو بن حزم فقرأت على أهل اليمن وهذه نسختها :

« بسم الله الرحمن الرحمن من محمد النبي إلى شرحبيل بن عبد كلال والحارث بن عبد كلال ونعيم بن كلال قيل ذيَ رعين ومعافر وهمدان أما بعد ، فقد رجع رسولكم وأعطيتم من المغانم خمس الله ، وما كتب الله على المؤمنين من العشر في العقار ، ما سقت السماء أو كان سحاء أو كان بعلاء ، ففيه العشر إذا بلغت خمسة أوسق وما سقي بالرشاء والدالية ففيه نصف العشر ، إذا بلغ خمسة أوسق ، وفي كل خمس من الإبل السايمة شاة إلى أن تبلغ أربعاً وعشرين ، فإذا زادت واحدة على أربع وعشرين ففيها ابنة مخاض فإن لم توجد فابن لبون ذكر إلى أن تبلغ خمسة وثلاثين ، فإذا زادت على خمسة وثلاثين واحدة ففيها ابنة لبون إلى أن تبلغ خمسة وأربعين فإن زادت واحدة على خمسة وأربعين ، ففيها حقة طروقة الفحل إلى أن تبلغ ستين ، فإن زادت على ستين واحدة ففيها جذعة ، إلى أن تبلغ خمسة وسبعين فإن زادت واحدة على خمسة وسبعين ففيها ابنة لبون إلى أن تبلغ تسعين فإن زادت واحدة على تسعين ففيها حقتان طروقتا الجمل إلى أن تبلغ عشرين ومائة ، فما زادت على عشرين ومائة ؛ ففي كل أربعين ابنة لبون ، وفي كل خمسين حقة طروقة الجمل ، وفي كل ثلاثين باقورة تبيع جذع أو جذعة ، وفي كل أربعين باقورة بقرة ، وفي كل أربعين شاة سائمة شاة إلى أن تبلغ عشرين ومائة فإن زادت على عشرين ومائة واحدة ؛ ففيها شاتان إلى أن تبلغ مائتين فإن زادت واحدة ففيها ثلاث شياه ، إلى أن تبلغ ثلاثمائة ، فإن زادت فما زاد ففي كل مائة شاة شاة ولا يوجد في الصدقة هرمة ولا عجفاء ولا ذات عوار ولا تيس الغنم إلا أن يشاء المصدق ، ولا يجمع بين متفرق ، ولا يفرق بين مجتمع خيفة الصدقة ، وما أخذ من الخليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية ، وفي كل خمس أواق من الورق خمسة دراهم وما زاد ففي كل أربعين درهماً درهم ، وليس فيما دون خمس أواق شيء . وفي كل أربعين ديناراً دينار .

إن الصدقة لا تحل لمحمد ولا لأهل بيت محمد ، إنما هي الزكاة تزكى بها أنفسهم ، ولفقراء المؤمنين ، وفي سبيل الله ، وابن السبيل ، وليس في رقيق ولا في مزرعة =

مائةً مِنَ الإِبِلِ ، وفي الأنْفِ إذَا اسْتَوْعَبَ جَدْعا مائةٌ مِنَ الإِبِلِ ، وفي المأمُومَةِ ثُلُثُ الدّيةِ ، وفي الجائِفَةِ مِثْلُها وفي العَيْنِ خَمْسونَ ، وفي اليَد خمسونَ ، وفي الرجْلِ خَمْسُونَ ، وفي كُلّ أُصْبُعٍ مِمَّا هُنَاكَ عَشْرٌ مِنَ الإِبِلِ ، وفي السِّنِّ والمُوضِحَةِ خَمْسٌ » وكل هذا مجمع عليه إلا السن والإبهام ، فإنهم اختلفوا فيها على ماسنذكره ، ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكر هـٰهنا قياسًا على ما ذكر ، فنقول : إن العلماء أجمعوا على أن في الشفتين الدية كاملة ، والجمهور على أن في كل واحدة منهما نصف الدية ، وروي عن قوم من التابعين أن في السفلى ثلثي الدية ؛ لأنها تحبس الطعام والشراب ، وبالجملة فإن حركتها والمنفعة بها أعظم من حركة الشفة العليا ، وهو مذهب زيد بن ثابت . وبالجملة فجماعة العلماء وأئمة الفتوى متفقون على أن في كل زوج من الإنسان الدية ما خلا الحاجبين

= ولا عمالها شيء إذا كانت تؤدى صدقتها من العشر وإنه ليس في عبد مسلم ، ولا في فرسه شيء ، قال : وكان في الكتاب : إن أكبر الكبائر عند الله يوم القيامة : الإشراك بالله وقتل النفس المؤمنة بغير حق ، والفرار في سبيل الله يوم الزحف ، وعقوق الوالدين ورمي المحصنة ، وتعلم السحر ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، وإن العمرة الحج الأصغر ، ولا يمس القرآن إلا طاهر ، ولا طلاق قبل إملاك ولا حق حتى يباع ، ولا يصلين أحدكم في ثوب واحد وشقه باد ، ولا يصلين أحد منكم عاقص شعره ، ولا يصلين أحد منكم في ثوب واحد ليس على منكبه شيء .

وكان في الكتاب أن من اعتبط مؤمناً فتلاعـن بينه فإنه قود إلا أن يرضي أولياء المقتول ، وإن في النفس الدية مائة من الإبل وفي الأنف الذي جدعه الدية ، وفي اللسان الدية ، وفي الشفتين الدية ، وفي البيضتين الدية ، وفي الذكر الدية ، وفي الصلب الدية ، وفي العينين الدية ، وفي الرجل الواحدة نصف الدية ، وفي المأمومة ثلث الدية ، وفي الجائفة ثلث الدية ، وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل ، وفي كل أصبع من الأصابع من اليد والرجل عشر من الإبل ، وفي السن خمس من الإبل ، وفي الموضحة خمس من الإبل ، وإن الرجل يقتل بالمرأة وعلى أهل الذهب ألف دينار » .

وقال الحاكم : « هذا حديث كبير مفسر في الباب يشهد له أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز ، وأقام العلماء في عصره : محمد بن مسلم الزهري بالصحة . » .

وثديي الرجل . واختلفوا في الأذنين متى تكون فيهما الدية ؟ فقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري والليث : إذا اصطلمتا كان فيهما الدية ، ولم يشترطوا إذهاب السمع ، بل جعلوا في ذهاب السمع الدية مفردة . وأما مالك فالمشهور عنده أنه لا تجب في الأذنين الدية إلا إذا ذهب سمعهما ، فإن لم يذهب ففيه حكومة . وروي عن أبي بكر أنه قضى في الأذنين بخمس عشرة من الإبل ، وقال : إنهما لا يضران السمع ويسترهما الشعر أو العمامة . وروي عن عمر ، وعلي ، وزيد : أنهم قضوا في الأذن إذا اصطلمت نصف الدية . وأما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم أن في ذهاب السمع الدية . وأما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعي حكومة ؛ وقال أبو حنيفة : فيهما الدية ، وكذلك في أشفار العين ، وليس عند مالك في ذلك إلا حكومة . وعمدة الحنفية : ما روي عن ابن مسعود أنه قال : في كل اثنين من الإنسان الدية وتشبيههما بما أجمعوا عليه من الأعضاء المثناة . وعمدة مالك : أنه لا مجال فيه للقياس وإنما طريقه التوقيف ، فما لم يثبت من قبل السماع فيه دية ، فالأصل أن فيه حكومة ، وأيضًا فإن الحواجب ليست أعضاء لها منفعة ولا فعل بين ، أعني : ضروريا في الخلقة . وأما الأجفان فقيل : في كل جفن منها ربع الدية ، وبه قال الشافعي والكوفي ؛ لأنه لا بقاء للعين دون الأجفان ، وفي الجفنين الأسفلين عند غيرهما : الثلث ، وفي الأعليين : الثلثان . وأجمعوا على أن من أصيب من أطرافه أكثر من ديته أن له ذلك ، مثل أن تصاب عيناه وأنفه فله ديتان . وأما الأنثيان فأجمعوا أيضًا على أن فيهما الدية ، وقال جميعهم : إن في كل واحدة منهما نصف الدية ، إلا ما روي عن سعيد بن المسيب أنه قال : في البيضة اليسرى ثلثا الدية ؛ لأن الوالد يكون منها ، وفي اليمنى ثلث الدية ، فهذه مسائل الأعضاء المزدوجة . وأما المفردة فإن جمهورهم على أن في اللسان خطأ الدية ، وذلك مروي عن النبي ﷺ[1] ، وذلك إذا قطع كله أو

(١) تقدم من حديث عمرو بن حزم .

قطع منه ما يمنع الكلام ، فإن لم يقطع منه ما منع الكلام ، ففيه حكومة . واختلفوا في القصاص فيه عمدًا ، فمنهم من لم ير فيه قصاصا وأوجب الدية ، وهم مالك والشافعي والكوفي ، لكن الشافعي يرى الدية في مال الجاني ، والكوفي ومالك على العاقلة ، وقال الليث وغيره: في اللسان عمدًا القصاص . وأما الأنف فأجمعوا على أنه إذا أوعب جدعًا على أن فيه الدية على ما في الحديث[1] ، وسواء عند مالك ذهب الشمّ أو لم يذهب ، وعنده أنه إذا ذهب أحدهما ففيه الدية ، وفي ذهاب أحدهما بعد الآخر الدية الكاملة . وأجمعوا على أن في الذكر الصحيح الذي يكون به الوطء الدية كاملة . واختلفوا في ذكر العنين والخصي ، كما اختلفوا في لسان الأخرس وفي اليد الشلاء ، فمنهم من جعل فيها الدية ، ومنهم من جعل فيها حكومة ، ومنهم من قال : في ذكر الخصي والعنين ثلث الدية ، والذي عليه الجمهور أن فيه حكومة . وأقل ما تجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ، ثم في باقي الذكر حكومة وأما عين الأعور فللعلماء فيه قولان أحدهما : أن فيه الدية كاملة ، وإليه ذهب مالك وجماعة من أهل المدينة ، وبه قال الليث ، وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر ، وقال الشافعي وأبوحنيفة والثوري : فيها نصف الدية كما في عين الصحيح ، وهو مروي عن جماعة من التابعين . وعمدة الفريق الأول : أن العين الواحدة للأعور بمنزلة العينين جميعًا لغير الأعور . عمدة الفريق الثاني حديث عمرو بن حزم[2] ؛ أعني : عموم قوله : « وفي العين

---

(١) يعني : حديث عمرو بن حزم .

(٢) قلت : لم يقع هذا في الحديث الموصول الصحيح كما ذكرناه .
وأخرجه النسائيُّ (٨ /٥٧، ٥٨، ٥٩، ٦٠) ، ثم أخرجه من طريق سليمان بن أرقم ، قال : حدثني الزهري عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ، عن أبيه عن جده « أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات ، وبعث به مع عمرو بن حزم فذكر مثل ما سبق . وزاد فيه : وفي العين الواحدة نصف الدية ، وفي اليد الواحدة نصف الدّية ، وفي الرِّجل الواحدة نصف =

نصْفُ الدّيَةِ » وقياسًا أيضًا على إجماعهم أنه ليس على من قطع يد من له يد واحدة إلا نصف الدية .

فسبب اختلافهم في هذا معارضة العموم للقياس ، ومعارضة القياس للقياس ، ومن أحسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فأذهب بعض بصرها ما روي من ذلك عن علي رضي الله عنه أنه أمر بالذي أصيب بصره بأن عصبت عينه الصحيحة ، وأعطى رجلًا بيضة فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى لم يبصرها ، فخط عند أول ذلك خطا في الأرض ، ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة ، وأعطى رجلًا البيضة بعينها فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى خفيت عنه ، فخط أيضًا عند أول ما خفيت عنه في الأرض خطًا ، ثم علم ما بين الخطين من المسافة ، وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة ، فأعطاه قدر ذلك من الدية ، ويختبر صدقه في مسافة إدراك العين العليلة والصحيحة بأن يختبر ذلك منه مرارًا شتى في مواضع مختلفة ، فإن خرجت مسافة تلك المواضع التي ذكر واحدة ؛ علمنا أنه صادق . واختلف العلماء في الجناية على العين القائمة الشكل التي ذهب بصرها ، فقال مالك والشافعي وأبوحنيفة : فيها حكومة ، وقال زيد بن ثابت : فيها عشر الدية مائة دينار ، وحمل ذلك الشافعي على أنه كان ذلك من زيد تقويمًا لا تقويتًا . وروي عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس أنهما قضيا في العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء في كل واحدة منها ثلث الدية . وقال مالك : تتم دية السن باسودادها ثم في قلعها بعد

= الدية . قال النسائي : « وهذا أشبه بالصواب » .

وسليمان بن أرقم متروك الحديث .

وقد روى هذا الحديث يونس عن الزهري مرسلاً . قلت : وقد سبق ذكر العين الواحدة أيضاً في رواية مالك في الموطأ (٢ /٨٤٩ رقم ١) عن عبد الله بن أبي بكر ابن حزم عن الكتاب المذكور .

اسودادها دية . واختلف العلماء في الأعور يفقأ عين الصحيح عمدًا ، فقال الجمهور : إن أحب فله القود ، وإن عفا فله الدية ، قال قوم : كاملة ، وقال قوم : نصفها ، وبه قال الشافعي وابن القاسم ، وبكلا القولين قال مالك . وبالدية كاملة قال المغيرة من أصحابه وابن دينار . وقال الكوفيون : ليس للصحيح الذي فقئت عينه إلا القود أو مااصطلحوا عليه . وعمدة من رأى جميع الدية عليه إذا عفا عن القود ، أنه يجب عليه دية ما ترك له وهي العين العوراء ، وهي دية كاملة عند كثير من أهل العلم . ومذهب عمر وعثمان وابن عمر أن عين الأعور إذا فقئت وجب فيها ألف دينار ؛ لأنها في حقه في معنى العينين كلتيهما إلا العين الواحدة ، فإذا تركها له ؛ وجبت عليه ديتها . وعمدة أولئك البقاء على الأصل ، أعني : أن في العين الواحدة نصف الدية ، وعمدة أبي حنفية أن العمد ليس فيه دية محدودة ، وهذه المسألة قد ذكرت في باب القود في الجراح . وقال جمهور العلماء وأئمة الفتوى مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وغيرهم : إن في كل أصبع عشرًا من الإبل ، وإن الأصابع في ذلك سواء ، وإن في كل أنملة ثلث العشر إلا ماله من الأصابع أنملتان كالإبهام ، ففي أنملته خمس من الإبل ، وعمدتهم في ذلك ما جاء في حديث عمرو بن حزم أن رسول الله ﷺ : « قال وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الإبل »[1] وخرج عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده[2] « أن رسول الله ﷺ قضى في الأصابع بعشر العشر » وهو قول علي

---

(١) تقدم تخريج الحديث قريباً .

(٢) أخرجه أبو داود (٤ /٦٩١ رقم ٤٥٦٢) ، والنسائي (٨ /٥٧) ، وابن ماجه (٢ /٨٨٦ رقم ٢٦٥٣) ، والبيهقي (٨ /٩٢) من أوجه عنه ، وإسناده حسن .
● وأخرج البخاري (١٢ /٢٢٥ رقم ٦٨٩٥) ، والترمذي (٤ /١٣ رقم ١٣٩١) و (٤ /١٤ رقم ١٣٩٢) ، وأبو داود (٤ /٦٩٠ رقم ٤٥٥٨) ، والنسائي (٨ /٥٦ ، ٥٧) ، وابن حبان (صـ٣٦٧ رقم ١٥٢٨) ، والبيقهي (٨ /٩٢) عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « هذه وهذه سواء — =

وابن مسعود وابن عباس ، وهي عندهم على أهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم في الدية من الورق ، فهي عند من يرى أنها اثنا عشر ألف درهم عشرها ، وعند من يرى أنها عشرة آلاف عشرها . وروي عن السلف المتقدم اختلاف في عقل الأصابع ، فروي عن عمر بن الخطاب أنه قضى في الإبهام والتي تليها بعقل نصف الدية ، وفي الوسطى بعشر فرائض ، وفي التي تليها بتسع ، وفي الخنصر بست . وروي عن مجاهد أنه قال في الإبهام خمس عشرة من الإبل ، وفي التي تليها عشر ، وفي الوسطى عشر ، وفي التي تليها ثمان ، وفي الخنصر سبع ، وأما الترقوة والضلع ، ففيهما عند جمهور فقهاء الأمصار حكومة ، وروي عن بعض السلف فيها توقيت . وروي عن مالك أن عمر بن الخطاب قضى في الضرس بجمل ، والضلع بجمل ، وفي الترقوة بجمل . وقال سعيد بن جبير في الترقوة بعيران . وقال قتادة : أربعة أبعرة . وعمدة فقهاء الأمصار أن ما لم يثبت فيه عن النبي ﷺ توقيت فليس فيه إلا حكومة . وجمهور فقهاء الأمصار على أن في كل سن من أسنان الفم خمسًا من الإبل ، وبه قال ابن عباس . وروى مالك عن عمر أنه قضى في الضرس بجمل ، وذلك فيما لم يكن منها في مقدم الفم . وأما التي في مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خمسًا من الإبل . وقال سعيد بن المسيب : في الأضراس بعيران . وروي عن عبد الملك بن مروان أن مروان بن

= يعني الخِنصرَ والإبهام – في الدية » .

وفي رواية للترمذي قال : قال رسول الله ﷺ : « ديةُ أصابع اليدين والرجلين سواء : عشرة من الإبل لكلِّ إصبع » .

وفي أخرى للنسائيّ قال : « الأصابعُ عشر عشر » .

● وأخرج أبو داود (٤ /٦٨٨ رقم ٤٥٥٦) ، والنسائيّ (٨ /٥٦) ، والبيهقي (٨ /٩٢) وغيرهم .

عن أبي موسى الأشعري ، عن النبي ﷺ قال : « الأصابع سواءٌ ، عشرٌ عشرٌ من الإبل » .

الحكم اعترض في ذلك على ابن عباس فقال : أتجعل مقدم الأسنان مثل الأضراس ؟ فقال ابن عباس : لو لم يعتبر ذلك إلا بالأصابع عقلها سواء ، عمدة الجمهور في مثل ذلك ما ثبت عن النبي ﷺ أنه قال : « في السِّنِّ خَمْسٌ »[1] وذلك من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، واسم السن ينطلق على التي في مقدم الفم ومؤخره ، وتشبيهها أيضًا بالأصابع التي استوت ديتها وإن اختلفت منافعها . وعمدة من خالف بينهما أن الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الأعضاء مع أنه يشبه أن يكون من صار إلى ذلك من الصدر الأول إنما صار إليه عن توقيف ، وجميع هذه الأعضاء التي تثبت الدية فيها خطأ فيها القود في قطع ما قطع وقلع ما قلع . واختلفوا في كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود أم لا؟ فذهب مالك وأصحابه إلى أن القود في كسر جميع العظام إلا الفخذ والصلب ، وقال الشافعي والليث : لا قصاص في عظم من العظام يكسر ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه استثنى السن . وروي عن ابن عباس أنه لا قصاص في عظم ، وكذلك عن عمر . قال أبو عمر بن عبد البر : ثبت أن النبي ﷺ أقاد في السن المكسورة من حديث أنس[2] قال : وقد روي من حديث آخر أن النبي ﷺ لم يقدر من العظم المقطوع في غير المفصل إلا أنه ليس بالقوي[3] . وروي عن مالك أن أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أقاد

---

(١) تقدم ذلك في حديث عمرو بن حزم . وقوله : من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده غلط .

(٢) أخرجه البخاري (١٢ /٢٢٣ رقم ٦٨٩٤) عن أنس : أن ابنة النضر لطمت جاريةً فكسرت ثنيتها فأتوا النبي ﷺ ، فأمر بالقصاص » .

(٣) أخرج ابن ماجه (٢ /٨٨٠ رقم ٢٦٣٦) ، والبيهقي (٨ /٦٥) .
عن دهثم بن قران ، حدثني نمران بن جارية ، عن أبيه : أن رجلاً ضرب رجلاً على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل . فاستعدى عليه النبي ﷺ : فأمر له بالدية . فقال : يا رسول الله ، إني أريد القصاص . فقال : « خُذِ الدية بارَكَ الله لكَ فيها » =

من كسر الفخذ . واتفقوا على أن دية المرأة نصف دية الرجل في النفس . واختلفوا في ديات الشجاج وأعضائها ، فقال جمهور فقهاء المدينة : تساوي المرأة الرجل في عقلها من الشجاج والأعضاء إلى أن تبلغ ثلث الدية ، فإذا بلغت ثلث الدية ؛ عادت ديتها إلى النصف من دية الرجل ، أعني : دية أعضائها من أعضائه ، مثال ذلك أن في كل أصبع من أصابعها عشرًا من الإبل ، وفي اثنين منها عشرون ، وفي ثلاثة ثلاثون ، وفي أربعة عشرون ، وبه قال مالك وأصحابه والليث بن سعد ، ورواه مالك عن سعيد بن المسيب ، وعن عروة بن الزبير ، وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز ، وقالت طائفة : بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل إلى الموضحة ، ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهو الأشهر من قولي ابن مسعود ، وهو مروي عن عثمان ، وبه قال شريح وجماعة ، وقال قوم : بل دية المرأة في جراحها وأطرافها على النصف من دية الرجل في قليل ذلك وكثيره ، وهو قول علي رضي الله عنه ، وروي ذلك عن ابن مسعود ، إلا أن الأشهر عنه ما ذكرناه أولًا ، وبهذا القول قال أبو حنيفة والشافعي والثوري . وعمدة قائل هذا القول أن الأصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التمسك بهذا الأصل حتى يأتي دليل من السماع الثابت ، إذ القياس في الديات لا يجوز ، وبخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفا للقياس ، ولذلك قال ربيعة لسعيد ما يأتي ذكره عنه ، ولا اعتماد للطائفة الأولى إلا مراسيل ، وما روي عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن أبي

= ولم يقض له بالقصاص .

قال البوصيري في « مصباح الزجاجة » (٢ /٨٤ رقم ٩٣١) : « قلت : ليس لجارية عند ابن ماجة سوى هذا الحديث ، وآخر وليس له رواية في شيء من الكتب الخمسة ، وإسناد حديثه فيه « دهثم بن قران اليماني » ضعفه أبو داود والنسائي ، وابن عدي ، والعجلي ، والدارقطني ، وتركه أحمد بن حنبل ، وعلي بن الجنيد . .. » .

وهو حديث ضعيف . وقد ضعفه المحدث الألباني في الإرواء (رقم ٢٢٣٥) .

عبدالرحمن[1] « كم في أربع من أصابعها ؟ قال عشرون » قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها ، قال : أعراقي أنت ؟ قلت بل عالم متثبت أو جاهل متعلم ، قال : هي السنة . وروي أيضًا عن النبي ﷺ من مرسل عمرو بن شعيب عن أبيه وعكرمة[2] . وقد رأى قوم أن قول الصحابي إذا خالف القياس وجب العمل به ؛ لأنه يعلم أنه لم يَترك القول به إلا عن توقيف ، لكن في هذا ضعف إذ كان يمكن أن يترك القول به إما لأنه لا يرى القياس ، وإما لأنه عارضه في ذلك قياس ثان ، أو قلد في ذلك غيره . فهذه حال ديات جراح الأحرار والجنايات على أعضائها الذكور منها والإناث . وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم ، فإن العلماء اختلفوا فيها على قولين : فمنهم من رأى أن في جراحهم وقطع أعضائهم ما نقص من ثمن العبد ، ومنهم من رأى أن الواجب في ذلك من قيمته قدر ما في ذلك الجراح من ديته ، فيكون في موضحته نصف عشر قيمته ، وفي عينه نصف قيمته ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وهو قول عمر وعلي ، وقال مالك : يعتبر في ذلك كله ما نقص من ثمنه إلا موضحته ومنقلته ومأمومته ، ففيها من ثمنه قدر ما فيها في الحر من ديته ، وعمدة الفريق الأول : تشبيهه بالعروض . وعمدة الفريق الثاني : تشبيهه بالحر إذ هو مسلم ومكلف ، ولا خلاف بينهم أن دية الخطأ من هذه إذا جاوزت الثلث على العاقلة . واختلف فيما دون ذلك ، فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجماعة : إن العاقلة لا تحمل

---

(١) أخرجه البيهقي (٨ /٩٦) .

(٢) قلت : بل ورد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده موصولاً أن النبي ﷺ قال : « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها » أخرجه النسائي (٨ /٤٤ ، ٤٥) . والدارقطني (٣ /٩١ رقم ٣٨) كلاهما من طريق ضمرة عن إسماعيل بن عياش ، عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب .
وقال البيهقي (٨ /٩٦) : إسناده ضعيف . أي لأن إسماعيل بن عياش شامي ، وروايته في غير الشاميين ضعيفة . وشيخه في هذا الحديث ابن جريج وهو حجازي مكي .

من ذلك إلا الثلث فما زاد ، وقال أبو حنيفة : تحمل من ذلك العشر فما فوقه من الدية الكاملة ، وقال الثوري وابن شبرمة : الموضحة فما زاد على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي : تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ . وعمدة الشافعي هي أن الأصل هو أن العاقلة هي التي تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئا فعليه الدليل ، ولا عمدة للفريق المتقدم إلا أن ذلك معمول به ومشهور ، وهنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٦٣ - كتاب القسامة[1] □

اختلف العلماء في القسامة في أربعة مواضع تجري مجرى الأصول لفروع هذا الباب :

المسألة الأولى : هل يجب الحكم بالقسامة أم لا ؟

المسألة الثانية : إذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرد الدعوى .

المسألة الثالثة : هل يبدأ بالأيمان فيها المدعون أو المدعى عليهم ، وكم عدد الحالفين من الأولياء ؟

المسألة الرابعة : فيما يعد لوثا يجب به أن يبدأ المدعون بالأيمان .

---

(١) القسامة : أن يوجد قتيل وادعى وليه على رجل ، أو على جماعة وعليهم لوث ظاهر ، واللوث ما يغلب على القلب صدق المدعي بأن وجد القتيل بين قوم أعداء لا يخالطهم غيرهم . أو اجتمع جماعة في بيت أو صحراء وتفرقوا عن قتيل . أو وجد في ناحية قتيل ، وثم رجل مختضب بالدم ، أو يشهد عدل واحد على أن فلاناً قتله . أو قاله جماعة من العبيد والنساء جاءوا متفرقين بحيث يؤمن تواطؤهم ونحو ذلك ، فيحلف المدعي خمسين يميناً ، ويستحق دعواه .



• المسألة الأولى :

أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الأمصار : مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وأحمد ، وسفيان ، وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الأمصار ، وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن علية : لا يجوز الحكم بها .

عمدة الجمهور ما ثبت عنه ﷺ من حديث حويصة ومحيصة وهو حديث متفق على صحته[1] من أهل الحديث ، إلا أنهم مختلفون في ألفاظه على ما سيأتي بعد . وعمدة الفريق الثاني لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لأصول الشرع المجمع على صحتها : فمنها أن الأصل في الشرع أن لا يحلف أحد إلا على ما علم قطعًا أو شاهد حسًا ، وإذا كان ذلك كذلك ، فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل ، بل قد يكونون في بلد والقتل في بلد آخر ، ولذلك روى البخاري[2] عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يومًا للناس ، ثم

(١) أخرجه البخاري (١٢ /٢٢٩ رقم ٦٨٩٨) ، ومسلم (٣ /١٢٩١ رقم ١ /١٦٦٩) ، وأبو داود (٤ /٦٥٥ رقم ٤٥٢٠) ، والترمذي (٤ /٣٠ رقم ١٤٢٢) ، والنسائي (٨ /٥ ، ٦ ، ٧) ، وابن ماجه (٢ /٨٩٢ رقم ٢٦٧٧) وغيرهم من حديث سهل ابن أبي حَثْمَـةَ قال : « انطلق عبد الله بن سهل ومُحَيِّصَة بـن مسعود إلى خيبر ، وهو يومئذٍ صلح ؛ فتفرّقا ، فأتى محيصَة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشحّط في دمه قتيلاً فدفنه ، ثم قدم المدينة فانطلق عبد الرحمن بن سهل ومحيصة وحويصة ابنا مسعود إلى النبي ﷺ فذهب عبد الرحمن يتكلم ، فقال النبي ﷺ كبّر كبّر ؛ وهو أحدث القوم فسكت فتكلّما . قال : أتحلفون وتستحقون قاتلكم أو صاحبكم فقالوا : وكيف نحلف ولم نشهد ولم نَرَ ؟ قال : فتبرئكم يهود بخمسين يميناً . فقالوا : كيف نأخذ أيمان قوم كفّار ؟ فعقله النبي ﷺ من عنده » وللحديث عندهم ألفاظ .

(٢) في صحيحه (١٢ /٢٣٠ رقم ٦٨٩٩) .

أذن لهم فدخلوا عليه فقال : ما تقولون في القسامة ؟ فأضب القوم وقالوا : نقول : إن القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء ، فقال : ما تقول يا أبا قلابة ونصبني للناس ، فقلت : يا أمير المؤمنين عندك أشراف العرب ورؤساء الأجناد ، أرأيت لو أن خمسين رجلًا شهدوا على رجل أنه زنى بدمشق و لم يروه أكنت ترجمه ؟ قال : لا . قلت : أفرأيت لو أن خمسين رجلًا شهدوا عندك على رجل أنه سرق بحمص و لم يروه أكنت تقطعه ؟ قال : لا . وفي بعض الروايات : قلت فما بالهم إذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم ؟ قال : فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة : إنهم إن أقاموا شاهدي عدل أن فلانًا قتله فأقده ، ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا . قالوا : ومنها أن من الأصول أن الأيمان ليس لها تأثير في إشاطة الدماء . ومنها أن من الأصول « أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » ومن حجتهم أنهم لم يروا في تلك الأحاديث أن رسول الله ﷺ حكم بالقسامة[1] وإنما كانت حكمًا جاهليًا[2] فتلطف لهم رسول الله ﷺ ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الإسلام ، ولذلك قال لهم : أتحلفون خمسين يمينًا[3] . أعني لولاة الدم وهم

---

(١) أما كونه ﷺ لم يحكم بالقسامة فباطل .

(٢) أما كون القسامة كانت من أمر الجاهلية فمسلم به .

(٣) أخرج مسلم في صحيحه (٣ /١٢٩٥ رقم ٧ ،٨ /١٦٧٠) ، والنسائي (٨ /٥) .
من حديث ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن ، وسليمان بن يسار عن أناس من أصحاب رسول الله ﷺ « أن القسامة كانت في الجاهلية فأقرها رسول الله ﷺ على ما كانت عليه ، وقضى بها بين أناس من الأنصار في قتيل ادعوه على يهود خيبر » لفظ النسائي .
ولفظ مسلم : عن رجل من أصحاب رسول الله ﷺ من الأنصار « أن رسول الله ﷺ أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية ، وقضى بها بين ناسٍ من الأنصار في قتيل ادعوه على اليهود » .
● وأما قوله ﷺ لولاة الدم : « أتحلفون خمسين يميناً » فتقدم قريباً من حديث =

الأنصار ؟ قالوا : كيف نحلف و لم نشاهد ؟ قال : فيحلف لكم اليهود ، قالوا : كيف نقبل أيمان قوم كفار ؟ قالوا : فلو كانت السنة أن يحلفوا وإن لم يشهدوا ؛ لقال لهم رسول الله ﷺ هي السنة . قال : وإذا كانت هذه الآثار غير نص في القضاء بالقسامة ، والتأويل يتطرق إليها ؛ فصرفها بالتأويل إلى الأصول أولى .

وأما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى أن سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة ، وزعم أن العلة في ذلك حوطة الدماء ، وذلك أن القتل لما كان يكثر ، وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل إنما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات ؛ جعلت هذه السنة حفظًا للدماء ، لكن هذه العلة تدخل عليه في قطاع الطريق والسراق ، وذلك أن السارق تعسر الشهادة عليه ، وكذلك قاطع الطريق ، فلهذا أجاز مالك شهادة المسلوبين على السالبين مع مخالفة ذلك للأصول ، وذلك أن المسلوبين مدعون على سلبهم . والله أعلم .

= سهل بن أبي حثمة .

• **المسألة الثانية :**

اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها ، فقال مالك وأحمد : يستحق بها الدم في العمد والدية في الخطأ ، وقال الشافعي والثوري وجماعة : تستحق بها الدية فقط ، وقال بعض الكوفيين : لا يستحق بها إلا دفع الدعوى على الأصل في أن اليمين إنما تجب على المدعى عليه ، وقال بعضهم : بل يحلف المدعى عليه ويغرم الدية ، فعلى هذا إنما يستحق منها دفع القود فقط ، فيكون فيما يستحق المقسمون أربعة أقوال ، فعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن أبي ليلى[1] عن سهل بن أبي حثمة ، وفيه فقال لهم رسول الله ﷺ : « تَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ » . وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن بشار[2] وفيه : فقال لهم رسول الله ﷺ : « أَتَحْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينا وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ أَوْ قاتِلِكُمْ » . وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط ، فهو أن الأيمان يوجد لها تأثير في استحقاق الأموال ، أعني : في الشرع مثل ما ثبت من الحكم في الأموال باليمين والشاهد ، ومثل ما يجب المال بالنكول

---

(١) كذا قال ابن أبي ليلى . والصواب : أبو ليلى بدون كلمة « ابن » أخرجه مالك في الموطأ (٢ /٨٧٧ رقم ١) ، والبخاري (١٣ /١٨٤ رقم ٧١٩٢) ، ومسلم (٣ /١٢٩٤ رقم ٦ /١٦٦٩) .

(٢) كذا وقع في الموطأ (٢ /٨٧٨ رقم ٢) مرسلاً من رواية مالك عن يحيى بن سعيد ، عن بُشَير بن يسار . وهو موصول من رواية بُشَير عن سهل بن أبي حثمة ، ورافع ابن خديج ، وذلك من رواية يحيى بن سعيد أيضاً عن بُشَير كذلك .
أخرجه البخاري (١٠ /٥٣٥ رقم ٦١٤٢، ٦١٤٣) ، ومسلم (٣ /١٢٩١ رقم ١ /١٦٦٩) ، وأبو داود (٤ /٦٥٥ رقم ٤٥٢٠) ، والترمذي (٤ /٣٠ رقم ١٤٢٢) ، والنسائي (٨ /٧، ٨) ، وابن ماجه (٢ /٨٩٢ رقم ٢٦٧٧) .

المدعى عليه أو بالنكول وقلبها على المدعي عند من يقول بقلب اليمين مع النكول مع أن حديث مالك عن ابن أبي ليلى ضعيف ؛ لأنه رجل مجهول لم يرو عنه غير مالك . وقيل فيه أيضًا : إنه لم يسمع من سهل[1] . وحديث بشير بن بشار قد اختلف في إسناده ، فأرسله مالك وأسنده غيره . قال القاضي : يشبه أن تكون هذه العلة هي السبب في أن لم يخرج البخاري هذين الحديثين[2] ، واعتضد عندهم القياس في ذلك بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : لا قود بالقسامة ، ولكن يستحق بها الدية . وأما الذين قالوا : إنما يستحق بها دفع الدعوى فقط ، فعمدتهم أن الأصل هو أن الأيمان على المدعى عليه ، والأحاديث التي نذكرها فيما بعد إن شاء الله .

---

(١) قلت : هذا غير صحيح . فالصواب فيه أولاً : أبو ليلى كما قدمته وهو ثقة . وقد خرج له البخاري ومسلم ، وحديثه هذا صحيح .

(٢) قلت : هذا باطل فقد أخرج البخاري كلا الحديثين ، وكذلك مسلم . كما تقدم قريباً .

• **المسألة الثالثة :**

واختلف القائلون بالقسامة ، أعني الذين قالوا : إنها يستوجب بها مال أو دم فيمن يبدأ بالأيمان الخمسين على ما ورد في الآثار ، فقال الشافعي وأحمد وداود بن علي وغيرهم : يبدأ المدعون ، وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة : بل يبدأ المدعى عليهم بالأيمان . وعمدة من بدأ بالمدعين حديث مالك عن بن أبي ليلى عن سهل بن أبي حثمة ومرسله عن بشير بن يسار[1] . وعمدة من رأى التبدئة بالمدعى عليهم ما خرجه البخاري[2] عن سعيد بن عبيد الطائي ، عن بشير بن يسار أن رجلًا من الأنصار يقال له : سهل بن حثمة وفيه : « فقال رسول الله ﷺ : تأْتُونَ بالبَيِّنَةِ عِلى مَنْ قَتَلَهُ » قالوا : ما لنا بينة ، قال : فَيَحْلِفُونَ لَكُمْ ، قالوا : ما نرضى بأيمان يهود ، وكره رسول الله ﷺ أن يبطل دمه ، فوداه بمائة بعير من إبل الصدقة » قال القاضي : وهذا نص في أنه

(١) تقدما قريبًا .

(٢) في صحيحه (١٢ /٢٢٩ رقم ٦٨٩٨) .

قلت : وأخرجه مسلم (٣ /١٢٩٤ رقم ٥ /١٦٦٩) إلا أنه لم يَسُق متنه .

● قال البيهقي (٨ /١٢٠) : « وإنما لم يسق مسلم متنه لمخالفته رواية يحيى بن سعيد ، قال مسلم في جملة ما قال في هذه الرواية : وغير مشكل على من عقل التمييز من الحفاظ أن يحيى بن سعيد أحفظ من سعيد بن عبيد وأرفع منه شأناً في طريق العلم وأسبابِهِ فهو أولى بالحفظ منه » .

وقال البيهقي : « وإن صحت رواية سعيد فهي لا تخالف رواية يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار ؛ لأنه قد يريد بالبينة الأيمان مع اللوث كما فسره يحيى بن سعيد ، وقد يطالبهم بالبينة كما في هذه الرواية ، ثم يعرض عليهم مع وجود اللوث كما في رواية يحيى بن سعيد ، ثم يردّها على المدّعى عليهم مع وجود اللوث كما في رواية يحيى بن سعيد ثم يردّها على المدّعى عليهم عند نكول المدّعين كما في الروايتين » .

لا يستوجب بالأيمان الخمسين إلا دفع الدعوى فقط . واحتجوا أيضًا بما خرجه أبو داود[1] أيضًا عن أبي سلمة بن أبي عبد الرحمن ، وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الأنصار « أن رسول الله ﷺ قال ليهود وبدأ بهم : أيَحْلِفُ مِنْكُمْ خَمْسُونَ رَجُلًا خَمْسِينَ يَمِينًا ؟ فأبوا ، فقال للأنصار : احْلِفُوا ، فقالوا : أنحلف على الغيب يا رسول الله ؟ فجعلها رسول الله ﷺ دية على يهود » لأنه وجد بين أظهرهم ، وبهذا تمسك من جعل اليمين في حق المدعى عليه وألزمهم الغرم مع ذلك ، وهو حديث صحيح الإسناد ؛ لأنه رواه الثقات عن الزهري عن أبي سلمة . وروى الكوفيون ذلك عن عمر ، أعني أنه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية . وخرج مثله أيضًا[2] من تبدئة اليهودِ بالأيمان عن رافع بن خديج ، واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روي عن ابن شهاب الزهري عن سليمان بن

---

(١) في السنن (٤ /٦٦٢ رقم ٤٥٢٦) .
وقال المنذري في « المختصر » (٦ /٣٢٣ -٣٢٥) « قال بعضهم : وهذا ضعيف ، لا يلتفت إليه .
وقد قيل للإمام الشافعي رحمه الله : فما منعك أن تأخذ بحديث ابن شهاب ؟ .
قلت : مرسل والقتيل أنصاري ، والأنصاريون بالعناية أولى بالعلم به من غيرهم . إذ كان كلٌّ ثقة ، وكلٌّ عندنا - بنعمة الله - ثقة .
قال البيهقي : وأظنه أراد بحديث الزهري : ما روى عنه معمر عن أبي سلمة وسليمان ابن يسار عن رجال من الأنصار - وذكر هذا الحديث .
قلت : وقد أعزب البيهقي والشافعي في جعلهما عدم تسمية الصحابي إرسالاً ، والحديث رجاله ثقات على شرط الصحيح فلا معنى للطعن فيه .

(٢) أبو داود (٤ /٦٦١ رقم ٤٥٢٤) من طريق أبي حيان التيمي ، ثنا عباية بن رفاعة عن رافع بن خديج ، قال : أصبح رجل من الأنصار مقتولاً بخيبر ، فانطلق أولياؤه إلى النبي ﷺ فذكروا ذلك له فقال : لكم شاهدان على قتل صاحبكم ؟ قالوا : يا رسول الله ، لم يكن ثَمَّ أحدٌ من المسلمين وإنما هم يهود وقد يجترئون على أعظم من هذا . قال : فاختاروا منهم خمسين فاستحلفوهم ، فأبوا فوداه النبي ﷺ من عنده » .
قلت : وإسناده صحيح .

يسار وعراك بن مالك أن عمر بن الخطاب قال للجهني الذي ادعى دم وليه على رجل من بني سعد ، وكان أجرى فرسه فوطئ على أصبع الجهني فترى فيها فمات ، فقال عمر للذي ادعى عليهم : أتحلفون بالله خمسين يمينًا ما مات منها ؟ فأبوا أن يحلفوا وتحرجوا ، فقال للمدعين : احلفوا ، فأبوا فقضى عليهم بشطر الدية قالوا : وأحاديثنا هذه أولى من التي روي فيها تبدئة المدعين بالأيمان ؛ لأن الأصل شاهد لأحاديثنا من أن اليمين على المدعى عليه . قال أبو عمر : والأحاديث المتعارضة في ذلك مشهورة .

• **المسألة الرابعة :**

وهي موجب القسامة عند القائلين بها ، أجمع جمهور العلماء القائلون بها أنها لا تجب إلا بشبهة . واختلفوا في الشبهة ما هي ؟ فقال الشافعي : إذا كانت الشبهة في معنى الشبهة التي قضى بها رسول الله ﷺ بالقسامة ، وهو أن يوجد قتيل في محلة قوم لا يخالطهم غيرهم ، وبين أولئك القوم ، وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الأنصار واليهود ، وكانت خيبر دار اليهود مختصة بهم ، ووجد فيها القتيل من الأنصار ، قال : وكذلك لو وجد في ناحيه قتيل ، وإلى جانبه رجل مختضب بالدم ، وكذلك لو دخل على نفر في بيت فوجد بينهم قتيلًا ، وما أشبه هذه الشبه مما يغلب على ظن الحكام أن المدعي محق لقيام تلك الشبهة ، وقال مالك بنحو من هذا ، أعني : إن القسامة لا تجب إلا بلوث والشاهد الواحد عنده إذاكان عدلًا لوث باتفاق عند أصحابه ، واختلفوا إذا لم يكن عدلًا . وكذلك وافق الشافعي في قرينة الحال المخيلة ، مثل أن يوجد قتيل متشحطًا بدمه ، وبقربه إنسان بيده حديدة مدماة ، إلا أن مالكًا يرى أن وجود القتيل في المحلة ليس لوثا ، وإن كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل وبين أهل المحلة ، وإذا كان ذلك كذلك ؛ لم يبق هٰــهنا شيء يجب أن يكون أصلًا لاشتراط اللوث في وجوبها ، ولذلك لم يقل بها قوم ، وقال أبو حنيفة وصاحباه : إذا وجد قتيل في محلة قوم ، وبه أثر ؛ وجبت القسامة على أهل المحلة ، ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القتيل في المحلة دون سائر الشرائط التي اشترط الشافعي ، ودون وجود الأثر بالقتيل الذي اشترطه أبو حنيفة ، وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود ، وقال به الزهري وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال : القسامة تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتله أينما وجد ، فادعى

ولاةُ الدم على رجل ، وحلف منهم خمسون رجلًا خمسين يمينًا ، فإن هم حلفوا على العمد ؛ فالقود وإن حلفوا على الخطأ فالدية ، وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلًا ، وعند مالك رجلان فصاعدًا من أولئك . وقال داود : لا أقضي بالقسامة إلا في مثل السبب الذي قضى به رسول الله ﷺ . وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الأمصار القائلين بالقسامة ، فجعلا قول المقتول فلان قتلني لوثا يوجب القسامة ، وكل قال بما غلب على ظنه أنه شبهة يوجب القسامة ، ولمكان الشبهة رأى تبدئة المدعين بالأيمان من رأى ذلك منهم ، فإن الشبه عند مالك تنقل اليمين من المدعى عليه إلى المدعي ، إذ سبب تعليق الشرع عنده اليمين بالمدعى عليه ، إنما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه ، وكأنه شبه ذلك باليمين مع الشاهد في الأموال . وأما القول بأن نفس الدعوى شبهة ؛ فضعيف ومفارق للأصول والنص لقوله ﷺ : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعاوِيهِمْ لادّعى قَوْمٌ دِماءَ قَوْمٍ وأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنْ اليمِينُ عَلى المُدَّعَى عَلَيْهِ » . وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس ، وخرجه مسلم[1] في صحيحه ، وما احتجت به المالكية من قصة بقرة بني إسرائيل فضعيف ؛ لأن التصديق هنالك أسند إلى الفعل الخارق للعادة . واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها أكثر من واحد ؟ فقال مالك : لا تكون القسامة إلا على واحد ، وبه قال أحمد بن حنبل ، وقال أشهب : يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يعينه الأولياء ، وهو ضعيف ، وقال المغيرة المخزومي : كل من أقسم عليه قتل ، وقال مالك والليث : إذا شهد اثنان عدلان أن إنسانا ضرب آخر ، وبقي المضروب أيامًا بعد الضرب ثم مات ؛ أقسم أولياء المضروب

(١) في صحيحه (٣ /١٣٣٦ رقم ١ /١٧١١) واللفظ له . قلت : وأخرجه البخاري أيضاً (٨ /٢١٣ رقم ٤٥٥٢) ، وأبو داود (٤ /٤٠ رقم ٣٦١٩) ، والترمذي (٣ /٦٢٦ رقم ١٣٤٢) ، والنسائي (٨ /٢٤٨) ، وابن ماجه (٢ /٧٧٨ رقم ٢٣٢١) وغيرهم .

إنه مات من ذلك الضرب وقيد به ، وهذا كله ضعيف . واختلفوا في القسامة في العبد ، فبعض أثبتها وبه قال أبو حنيفة تشبيهًا بالحر ، وبعض نفاها تشبيهًا بالبهيمة وبها قال مالك ، والدية عندهم فيها في مال القاتل ، ولا يحلف فيها أقل من خمسين رجلا خمسين يمينا عند مالك ، ولا يحلف عنده أقل من اثنين في الدم ويحلف الواحد في الخطأ ، وإن نكل عنده أحد من ولاة الدم ؛ بطل القود ، وصحت الدية في حق من لم ينكل ، أعني : حظه منها . وقال الزهري : إن نكل منهم أحد بطلت الدية في حق الجميع ، وفروع هذا الباب كثيرة . قال القاضي : والقول في القسامة هو داخل فيما تثبت به الدماء ، وهو فى الحقيقة جزء من كتاب الأقضية ، ولكن ذكرناه هنا على عادتهم ، وذلك أنه إذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الأمور الشرعية ؛ رأوا أن الأولى أن يذكر في ذلك الجنس . وأما القضاء الذي يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الأشياء التي يقع فيها القضاء فيذكر في كتاب الأقضية ، وقد تجدهم يفعلون الأمرين جميعًا كما فعل مالك في الموطأ ، فإنه ساق فيه الأقضية من كل كتاب .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٦٤ - كتاب في أحكام الزنا □

والنظر في أصول هذا الكتاب في حد الزنا ، وفي أصناف الزناة ، وفي العقوبات لكل صنف صنف منهم ، وفيما تثبت به هذه الفاحشة .



○ الباب الأول ○
[في حد الزنا]

فأما الزنا فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ، ولا شبهة نكاح ، ولا ملك يمين ، وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الإسلام ، وإن كانوا اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحدود مما ليس بشبهة دارئة ، وفي ذلك مسائل نذكر منها أشهرها ، فمنها الأمة يقع عليها الرجل وله فيها شرك ، فقال مالك : يدرأ عنه الحد وإن ولدت ألحق الولد به وقومت عليه ، وبه قال أبو حنيفة وقال بعضهم يعزر ، وقال أبو ثور : عليه الحد كاملًا إذا علم الحرمة . وحجة الجماعة قوله ﷺ : « ادْرَءُوا الحُدُودَ بالشُّبُهاتِ »[1]. والذين درءوا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صداق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم .

وسبب الخلاف : هل ذلك الذي يغلب منها حكمه على الجزء الذي لا يملك ، أم حكم الذي لا يملك يغلب على حكم الذي يملك ؟ فإن حكم ما ملك الحليَّة ، وحكم مالم يملك الحرمية . ومنها اختلافهم في الرجل المجاهد يطأ جارية من المغنم ، فقال قوم : عليه الحد ، ودرأ قوم عنه الحد وهو أشبه . والسبب في هذه وفي التي قبلها واحد ، والله أعلم . ومنها أن يحل رجل لرجل وطء خادمه ، فقال مالك : يدرأ عنه الحد ، وقال غيره : يعزر ، وقال بعض الناس : بل هي هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج . ومنها الرجل يقع على جارية ابنه أو ابنته ، فقال الجمهور : لا حد عليه لقوله ﷺ لرجل خاطبه : « أَنْتَ وَمالُكَ

---

(١) تقدم تخريجه في كتاب القصاص – القول في شروط القاتل .

لأبيكَ »[1]. ولقوله ﷺ : « لا يُقادُ الوَالِدُ بالْوَلَدِ »[2]. ولإجماعهم على أنه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ، ولذلك قالوا : تقوم عليه حملت أم لم تحمل ؛ لأنها قد حرمت على ابنه فكأنه استهلكها . ومن الحجة لهم أيضا إجماعهم على أن الأب لو قتل ابن ابنه ؛ لم يكن للابن أن يقتص من أبيه ، وكذلك كل من كان الابن له وليًا . ومنها الرجل يطأ جارية زوجته ، اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال ، فقال مالك والجمهور : عليه الحد كاملًا ، وقالت طائفة : ليس عليه الحد وتقوّم عليه فيغرمها لزوجته إن كانت طاوعته ، وإن كانت استكرهها ؛ قومت عليه وهي حرة ، وبه قال أحمد وإسحاق ، وهو قول ابن مسعود ، والأول قول عمر ، ورواه مالك في الموطأ عنه . وقال قوم : عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصنًا أو ثيبًا : وقال قوم : عليه التعزير .

فعمدة من أوجب عليه الحد أنه وطىء دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد . وعمدة من درأ الحد ما ثبت أن رسول الله ﷺ قضى في رجل وطىء جارية امرأته أنه إن كان استكرهها فهي حرة وعليه مثلها

---

(١) قلت : ورد الحديث من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ، وعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن مسعود ، وعائشة ، وجابر ، وعمر بن الخطاب ، وسمرة بن جندب ، ورجل من الصحابة .
أما حديث عبد الله بن عمرو بن العاص فقد أخرجه أحمد (٢ /٢١٤) ، وأبو داود (٣ /٨٠١ رقم ٣٥٣٠) ، وابن ماجه (٢ /٧٦٩ رقم ٢٢٩٢) ، وابن الجارود في المنتقى (رقم ٩٩٥) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٥٨) من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال : « أتى أعرابي رسول الله ﷺ فقال : إن أبي يريد أن يجتاح مالي ، قال : أنت ومالك لوالدك إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أموال أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئاً » .
وهو حديث صحيح وانظر تخريج أحاديث الصحابة الباقين في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء الملكية .

(٢) تقدم في كتاب القصاص في النفوس – القول في شروط القاتل .

لسيدتها ، وإن كانت طاوعته فهي له ، وعليه لسيدتها مثلها[1] ، وأيضًا فإن له شبهة في مالها بدليل قوله ﷺ : « تُنْكَحُ المَرأةُ لِثَلاثٍ ، فذكر مالها »[2] ويقوي هذا المعنى على أصل من يرى أن المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث، أو في الثلث فما فوقه ، وهو مذهب مالك . ومنها ما يراه أبو حنيفة من درء الحد عن واطئ المستأجرة ، والجمهور على خلاف ذلك ، وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه ، وكأنه رأى أن هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التي استأجرها عليها ، فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المتعة . ومنها درء الحد عمن امتنع اختلف فيه أيضًا . وبالجملة فالأنكحة الفاسدة داخلة في هذا الباب ، وأكثرها عند مالك تدرأ الحد إلا ما انعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقرابة مثل الأم وما أشبه ذلك ، مما لا يعذر فيه بالجهل .

(١) أخرجه عبد الرزاق في « المصنف » (٣٤٢/٧ رقم ١٣٤١٧) ، وأحمد (٤٧٦/٣) ، وأبو داود (٤ /٦٠٥ رقم ٤٤٦٠) ، والنسائي (٦ /١٢٤ ، ١٢٥) ، وابن ماجه (٢ /٨٥٣ رقم ٢٥٥٢) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /١٤٤) ، والدارقطني (٣ /١٨٤ رقم ١١) ، والبيهقي (٨ /٢٤٠) ، والحازمي في « الاعتبار » صـ٢٠٥ .
من حديث سلمة بن المحبق عن النبي ﷺ مثله .
قال المنذري : في « المختصر » (٦ /٢٧١ -٢٧٢) :
قال النسائي : لا تصح هذه الأحاديث .
وقال البيهقي : وقبيصة بن حُريث : غير معروف .
وروينا عن أبي داود : أنه قال : سمعت أحمد بن حنبل يقول : الذي رواه عن سلمة ابن المحبَّق : شيخ لا يُعرف ، لا يُحدِّثُ عنه غير الحسن - يعني : قبيصة بن حريث .
وقال البخاري في التاريخ : قبيصة بن حُريث : سمع سَلَمَة بن المحبق ، في حديثه نظر .
وقال ابن المنذر : لا يثبت خبر سلمة بن المحبق .
وقال الخطابي : هذا حديث منكر ، وقبيصة بن حريث غير معروف ، والحجة لا تقوم بمثله . وكان الحسن لا يبالي أن يروي الحديث ممن سمع ، وقال بعضهم : هذا كان قبل الحدود » اهـ .
وخلاصة القول: أن الحديث ضعيف . وقد ضعفه الألباني في ضعيف ابن ماجه .
(٢) تقدم تخريجه في النكاح .

○ الباب الثاني ○

[في أصناف الزناة وعقوباتهم]

والزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف : محصنون ثُيب وأبكار وأحرار وعبيد وذكور وإناث . والحدود الإسلامية ثلاثة : رجم ، وجلد ، وتغريب . فأما الثيب الأحرار المحصنون ، فإن المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم إلا فرقة من أهل الأهواء فإنهم رأوا أن حد كل زان الجلد ، وإنما صار الجمهور للرجم لثبوت أحاديث الرجم[1] ، فخصصوا الكتاب بالسنة أعني : قوله تعالى : ﴿ **الزَّانِيَةُ والزَّاني** ﴾[2] الآية . واختلفوا في موضعين : أحدهما هل يجلدون مع الرجم أم لا ؟ والموضع الثاني في شروط الإحصان .

● **أما المسألة الأولى :**

فإن العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم أم لا ؟ فقال الجمهور : لا جلد على من وجب عليه الرجم ، وقال الحسن البصري وإسحاق وأحمد وداود : الزاني المحصن يجلد ثم يرجم . عمدة الجمهور « أن رسول الله ﷺ رجم ماعزًا »[3] ، ....

(١) يأتي قريباً .

(٢) النور : الآية (٢) .

(٣) ● اتفق البخاري (١٢ /١٣٥ رقم ٦٨٢٤) ، ومسلم (٣ /١٣٢٠ رقم ١٩ /١٦٩٣) ، على إخراجه حديث رجمه من حديث ابن عباس مصرحاً باسمه .
● وأخرجه البخاري (١٢ /١٢٩ رقم ٦٨٢٠) ، ومسلم (٣ /١٣١٨ رقم ١٦ /١٦٩١) من حديث جابر بن عبد الله بلفظ : رجل من أسلم . =

ورجم امرأة من جهينة[1]، ورجم يهوديين[2] وامرأة من عامر من الأزد[3]، كل ذلك مخرج في الصحاح ، و لم يروا أنه جلد واحدًا منهم . ومن جهة المعنى أن الحد الأصغر ينطوي في الحد الأكبر ، وذلك أن الحد إنما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم . وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى : ﴿ **الزَّانِيَةُ والزَّانِي فاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مائَةَ جَلْدَةٍ** ﴾[4] . فلم يخص محصن من غير محصن . واحتجوا أيضًا بحديث علي رضي الله عنه ، خرجه مسلم[5] وغيره أن عليًا رضي الله عنه جلد شراحة

= ● وأخرجه البخاري (١٢ /١٣٦ رقم ٦٨٢٥) ، ومسلم (٣ /١٣١٨ رقم ١٦ /١٦٩١) من حديث أبي هريرة ، بلفظ : رجل .

● وأخرجه مسلم (٣ /١٣٢١ رقم ٢٢ /١٦٩٥) من حديث بُريدة رضي الله عنه تصريحاً باسمه .

● وأخرجه مسلم (٣ /١٣١٩ رقم ١٧ /١٦٩٢) من حديث جابر بن سَمُرة رضي الله عنه تصريحاً باسمه .

● وأخرجه مسلم (٣ /١٣٢٠ رقم ٢٠ /١٦٩٤) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه تصريحاً باسمه .

(١) أخرجه مسلم (٣ /١٣٢٤ رقم ٢٤ /١٦٩٦) من حديث عمران بن حصين .

(٢) ● أخرجه البخاري (٦ /٦٣١ رقم ٣٦٣٥) ، ومسلم (٣ /١٣٢٦ رقم ٢٦ /١٦٩٩) من حديث ابن عمر .

● وأخرجه مسلم (٣ /١٣٢٨ رقم ٢٨م /١٧٠١) من حديث جابر .

● وأخرجه مسلم (٣ /١٣٢٧ رقم ٢٨ /١٧٠٠) من حديث البراء بن عازب رجم يهودي دون ذكر المرأة .

(٣) وهي الغامدية : أخرجه مسلم (٣ /١٣٢٣ رقم ٢٣ /١٦٩٥) من حديث بريدة .

(٤) النور : الآية (٢) .

(٥) لم يخرجه مسلم . إنما أخرجه أحمد (١ /١٢١) ، والحاكم (٤ /٣٦٤) ، والبيهقي (٨ /٢٢٠) وعزاه للنسائي في الكبرى المزي في أطرافه (٧ /٣٩١ رقم ١٠١٤٨) وغيرهم بهذا السياق وأطول .

وأخرجه البخاري (١٢ /١١٧ رقم ٦٨١٢) مختصراً عن الشعبي عن عليّ حين =

الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال : جلدتها بكتاب الله ، ورجمتها بسنة رسوله . وحديث عبادة بن الصامت[1] ، وفيه أن النبي ﷺ قال : « خُذُوا عَنِّي قَدْ جَعَلَ اللّٰهُ لَهُنَّ سَبِيلاً البِكْرُ بالبِكرِ جَلْدُ مائَةٍ وتَغْرِيبُ عامٍ ، والثَّيِّب بالثَّيِّبِ جَلْدُ مائَةٍ والرَّجْمُ بالحِجارَةِ » وأما الإحصان فإنهم اتفقوا على أنه من شرط الرجم . واختلفوا في شروطه فقال مالك : البلوغ والإسلام والحرية والوطء في عقد صحيح ، وحالة جائز فيها الوطء ، والوطء المحظور عنده هو الوطء في الحيض أو في الصيام ، فإذا زنى بعد الوطء الذي بهذه الصفة ، وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم ، ووافق أبوحنيفة مالكًا في هذه الشروط إلا في الوطء المحظور ، واشترط في الحرية أن تكون من الطرفين ، أعني أن يكون الزاني والزانية حرين ، ولم يشترط الإسلام الشافعي . وعمدة الشافعي ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ، وهو حديث متفق عليه[2] « أن النبي ﷺ رجم اليهودية واليهودي اللذين زنيا » إذ رفع إليه أمرهما اليهود ، والله تعالى يقول : ﴿ وإنْ حَكَمْتَ فاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بالقِسْطِ ﴾[3] . وعمدة مالك من طريق المعنى أن الإحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الإسلام ، وهذا مبناه على أن الوطء في نكاح صحيح هو مندوب إليه ، فهذا هو حكم الثيب وأما الأبكار فإن المسلمين أجمعوا على أن حد البكر في الزنا جلد مائة لقوله تعالى : ﴿ **الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة** ﴾[4] واختلفوا في التغريب مع

= رجم المرأة يوم الجمعة ، وقال : رجمتها بُسنة رسول الله ﷺ .

(١) أخرجه مسلم (٣ /١٣١٦ رقم ١٢ /١٦٩٠) ، وأبو داود (٤ /٥٦٩ رقم ٤٤١٥) ، والترمذي (٤/٤١ رقم ١٤٣٤) ، وابن ماجه (٨٥٢/٢ رقم ٢٥٥٠) ، وأحمد (٥ /٣١٣، ٣١٧) ، والبيهقي (٨ /٢١٠) وغيرهم .

(٢) تقدم تخريجه قريباً .

(٣) المائدة : الآية (٤٢) .

(٤) النور : الآية (٢) .

الجلد ، فقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تغريب أصلاً ، وقال الشافعي : لابد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكرًا كان أو أنثى ، حرًّا كان أو عبدًا ، وقال مالك : يغرب الرجل ولا تغرب المرأة ، وبه قال الأوزاعي ، ولا تغريب عند مالك على العبيد . فعمدة من أوجب التغريب على الإطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم[1] وفيه : « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » . وكذلك ما خرج أهل الصحاح[2] عن أبي هريرة ، وزيد بن خالد الجهني أنهما قالا : « إن رجلاً من الأعراب أتى النبي ﷺ قال : يا رسول الله ، أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله ، فقال الخصم وهو أفقه منه : نعم اقض بيننا بكتاب الله وائذن لي أن أتكلم ، فقال له النبي ﷺ : قُلْ ، قال : إن ابني كان عسيفًا على هذا فزنى بامرأته ، وإني أخبرت أن على ابني الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم فأخبروني أنما على ابني جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله ﷺ : « والَّذِي نَفْسي بِيَدِهِ لأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُما بِكِتاب الله : أمَّا الوَلِيدَةُ والغَنَمُ فَرَدٌّ عَلَيْكَ ، وَعَلى ابنِكَ جَلْد مائَةٍ وَتَغْرِيبُ عام ، واغْدُ يا أُنَيْسُ عَلى امْرأةِ هَذا فإنِ اعْتَرَفَتْ فارْجُمْها » . فغدا عليها أنيس فاعترفت ، فأمر النبي ﷺ بها فرجمت . ومن خصص المرأة من هذا العموم ، فإنما خصصه بالقياس ؛ لأنه رأى أن المرأة تعرض بالغربة لأكثر من الزنا ، وهذا من القياس المرسل ، أعني : المصلحي الذي كثيرًا ما يقول به مالك . وأما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب ، وهو مبني على رأيهم أن الزيادة على النص نسخ ، وأنه ليس

---

(١) تقدم قريباً .

(٢) أخرجه البخاري (١٢ /١٨٥ رقم ٦٨٥٩ ، ٦٨٦٠) ، ومسلم (٣ /١٣٢٤ رقم ٢٥ /١٦٩٧ ، ١٦٩٨) ، ومالك (٢ /٨٢٢ رقم ٦) ، والترمذي (٤ /٣٩ رقم ١٤٣٣) وقال : حديث حسن صحيح ، وأبو داود (٤ /٥٩١ رقم ٤٤٤٥) ، والنسائي (٨ /٢٤٠ رقم ٥٤١٠) ، وابن ماجه (٢ /٨٥٢ رقم ٢٥٤٩) ، والدارمي (٢ /١٧٧) ، والشافعي في الرسالة (صـ٢٤٨ فقرة رقم ٦٩١) .

ينسخ الكتاب بأخبار الآحاد . ورووا عن عمر وغيره أنه حد و لم يغرب . وروى الكوفيون عن أبي بكر وعمر أنهم غربوا .

وأما حكم العبيد في هذه الفاحشة ، فإن العبيد صنفان : ذكور ، وإناث أما الإناث فإن العلماء أجمعوا على أن الأمة إذا تزوجت وزنت أن حدها خمسون جلدة لقوله تعالى : ﴿ **فإذَا أُحْصِنَّ فإنْ أتينَ بِفاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ ما عَلى المُحْصَنَاتِ مِنَ العَذَابِ** ﴾[1]. واختلفوا إذا لم تتزوج ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : حدها خمسون جلدة ، وقالت طائفة : لاحد عليها ، وإنما عليها تعزير فقط ، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب ، وقال قوم ، لاحد على الأمة أصلًا .

والسبب في اختلافهم الاشتراك الذي في اسم الإحصان في قوله تعالى : ﴿ **فإذا أحصن** ﴾[1] فمن فهم من الإحصان التزوج ، وقال بدليل الخطاب قال : لا تجلد الغير المتزوجة ، ومن فهم من الإحصان الإسلام ؛ جعله عاما في المتزوجة وغيرها . واحتج من لم ير على غير المتزوجة حدًا بحديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني[2] أن النبي ﷺ سئل عن الأمة إذا زنت و لم تحصن ، فقال : « إنْ زَنَتْ فاجْلِدُوها ثمَّ إن زَنَتْ فاجْلِدُوها ثم بِيعُوها ولَوْ بِضَفِيرٍ » . وأما الذكر من العبيد ، ففقهاء الأمصار على أن حد العبد نصف حد الحر قياسًا على الأمة ، وقال أهل الظاهر : بل حده مائة جلدة مصيرًا إلى عموم قوله تعالى : ﴿ **فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة** ﴾[3] و لم يخصص حرًا من عبد . ومن

---

(١) النساء : الآية (٢٥) .

(٢) أخرجه البخاري (٤ /٣٦٩ رقم ٢١٥٣ ، ٢١٥٤) ، ومسلم (٣ /١٣٢٩ رقم ٣٣ /١٧٠٤) .

وفيه « ثم إن زنت فاجلدوها ثلاث مرات ، وفي الثالثة : ثم بيعوها ولو بضفير » قال ابن شهاب : لا أدري أبعد الثالثة أو الرابعة .

(٣) النور : الآية (٢) .

الناس من درأ الحد عنه قياسًا على الأمة وهو شاذ . وروي عن ابن عباس . فهذا هو القول في أصناف الحدود ، وأصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد في واحد واحد منهم ، ويتعلق بهذا القول في كيفية الحدود ، وفي وقتها . فأما كيفيتها فمن مشهور المسائل الواقعة في هذا الجنس اختلافهم في الحفر للمرجوم ، فقالت طائفة : يحفر له ، وروي ذلك عن عليّ في شراحة الهمدانية حين أمر برجمها ، وبه قال أبو ثور ، وفيه : « فلما كان يوم الجمعة أخرجها فحفر لها حفيرة فأدخلت فيها وأحدق الناس بها يرمونها ، فقال : ليس هكذا الرجم إني أخاف أن يصيب بعضكم بعضًا ، ولكن صفوا كما تصفون في الصلاة ، ثم قال : الرجم رجمان : رجم سر ، ورجم علانية ، فما كان منه بإقرار فأول من يرجم الإمام ثم الناس ، وما كان ببينة فأول من يرجم البينة ثم الإمام ثم الناس . وقال مالك وأبو حنيفة : لا يحفر للمرجوم ، وخير في ذلك الشافعي ، وقيل عنه : يحفر للمرأة فقط . وعمدتهم ما خرج البخاري[1] ومسلم[2] من حديث جابر ، قال جابر : فرجمناه بالمصلى ، فلما أذلقته الحجارة فر ، فأدركناه بالحرة فرضخناه . وقد روى مسلم[3] أنه حفر له في اليوم الرابع حفر . وبالجملة فالأحاديث في ذلك مختلفة .

---

(١) في صحيحه (١٢ /١٢٩ رقم ٦٨٢٠)من حديث جابر .

(٢) في صحيحه (٣ /١٣١٨ رقم ١٦ /١٦٩١) . من حديث أبي هريرة .
وفي آخره قال ابن شهاب : فأخبرني من سمع جابر بن عبد الله يقول : فكنت فيمن رجمه فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة هرب فأدركناه بالحرة فرجمناه . ثم ساقه من طريق الزهري عن أبي سلمة عن جابر ولم يذكر متنه بل أحال على حديث أبي هريرة .

(٣) في صحيحه (٣ /١٣٢٣ رقم ٢٣ /١٦٩٥) .
من حديث بريدة أن ماعز بن مالك الأسلمي ، أتى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله ، إني قد ظلمتُ نفسي وزنيت وأريد أن تطهرني فرده فلما كان من الغد أتاه فقال : يا رسول الله ، إني قد زنيت فرده الثانية ، فأرسل رسول الله ﷺ إلى قومه ، فقال : أتعلمون بعقله بأساً تنكرون منه شيئاً ؟ فقالوا : ما نعلمه إلا وفي العقل من صالحينا =

قال أحمد : أكثر الأحاديث على أن لا حفر ، وقال مالك : يضرب في الحدود الظهر وما يقاربه ، وقال أبو حنيفة والشافعي : يضرب سائر الأعضاء ويتقى الفرج والوجه ، وزاد أبو حنيفة الرأس ، ويجرد الرجل عند مالك في ضرب الحدود كلها ، وعند الشافعي وأبي حنيفة ما عدا القذف على ما سيأتي بعد ، ويضرب عند الجمهور قاعدًا ، ولا يقام قائمًا خلافًا لمن قال : إنه يقام لظاهر الآية ، ويستحب عند الجميع أن يحضر الإمام عند إقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى : ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابهما طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾[1] . واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة ، فقال مالك : أربعة ، وقيل : ثلاثة ، وقيل : اثنان ، وقيل : سبعة ، وقيل : ما فوقها . وأما الوقت ، فإن الجمهور على أنه لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد ، ولا يقام على المريض ، وقال قوم : يقام ، وبه قال أحمد وإسحاق ، واحتجا بحديث عمر أنه أقام الحد على قدامة وهو مريض .

وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد ، وهو أن يقام حيث لا يغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود ، فمن نظر إلى الأمر بإقامة الحدود مطلقًا من غير استثناء قال : يحد المريض ، ومن نظر إلى المفهوم من الحد قال : لا يحد المريض حتى يبرأ ، وكذلك الأمر في شدة الحر والبرد .

= فيما نرى ، فأتاه الثالثة فأرسل إليهم أيضاً فسأل عنه فأخبروه أنه لا بأس به ولا بعقله ، فلما كان الرابعة حفر له حفرةً ثم أمر به فرجم .. الحديث .

قلت : وربما دخل الحفر على هذه الرواية من رجم الغامدية ، فقد قال أبو سعيد الخدري عند مسلم أيضاً (٣ /١٣٢٠ رقم ٢٠ /١٦٩٤) فانطلقنا به إلى بقيع الغرقد فما أوثقناه ولا حفرنا له .. الحديث .

(١) النور : الآية (٢) .

○ الباب الثالث ○

[وهو معرفة ما تثبت به هذه الفاحشة]

وأجمع العلماء على أن الزنا يثبت بالإقرار وبالشهادة . واختلفوا في ثبوته بظهور الحمل في النساء الغير المزوجات إذا ادعين الاستكراه .وكذلك اختلفوا في شروط الإقرار وشروط الشهادة . فأما الإقرار فإنهم اختلفوا فيه في موضعين :

أحدهما : عدد مرات الإقرار الذي يلزم به الحد .

والموضع الثاني : هل من شرطه أن لا يرجع عن الإقرار حتى يقام عليه الحد ؟ أما عدد الإقرار الذي يجب به الحد ، فإن مالكًا والشافعي يقولان : يكفي في وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة ، وبه قال داود وأبو ثور والطبري وجماعة ، وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى : لا يجب الحد إلا بأقارير أربعة مرة بعد مرة ، وبه قال أحمد وإسحاق ، وزاد أبوحنيفة وأصحابه : في مجالس متفرقة . وعمدة مالك والشافعي ما جاء في حديث أبي هريرة ، وزيد بن خالد[1] من قوله ﷺ : « اغد يا أنيس على امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها » . فاعترفت فرجمها ، ولم يذكر عددًا . وعمدة الكوفيين ما ورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس[2] عن النبي ﷺ : « أنه رد ماعزا حتى

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

(٢) أخرجه مسلم (٣ /١٣٢٠ رقم ١٩ /١٦٩٣) ، وأبو داود (٤ /٥٧٩ رقم ٤٤٢٥) ، والترمذي (٤ /٣٥ رقم ١٤٢٧) ، وأحمد (١ /٣٢٨، ٣٤٥) . عنه ، قال : لقي النبي ﷺ ماعز بن مالك ، فقال : « أحقُّ ما بلغني عنك ؟ قال : وما بلغك عني ؟ قال : بلغني أنك فجرت بأمة آل فلان . قال : فنعم . فرده حتى شهد أربع مرات ، =

أقر أربع مرات ثم أمر برجمه » وفي غيره من الأحاديث[1] قالوا : وما ورد في بعض الروايات أنه أقر مرة ومرتين وثلاثًا تقصير ، ومن قصر فليس بحجة علي من حفظ .

= ثم أمر برجمه » وهذه الرواية خطأ ولابدّ ؛ لأن قوله : لقي النبي ﷺ ماعز بن مالك فقال له : أحقٌّ ما بلغني عنك ؟ مخالفٌ لما كاد يتواتر بأن ماعزاً هو الذي ابتدأ إخبار النبي ﷺ بذلك وأنه أتى إليه ، وهو في المسجد ؛ لأن النبي ﷺ لقيه . وهذه الرواية وإن كانت في صحيح مسلم فهي رواية سماك بن حرب ، عن سعيد بن جبير وسماك فيه مقال . وقد كان يقبل التلقين ، ويدل على بطلان روايته هذه ما في صحيح البخاري (١٢/ ١٣٥ رقم ٦٨٢٤) من رواية عكرمة عن ابن عباس ، قال : لما أتى ماعز بن مالك النبي ﷺ قال له : لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت ؟ قال : لا يا رسول الله . قال أنكتها - لا يكني - قال : فعند ذلك أمر برجمه ، فهو ابن عباس يوافق الجمهور في قولهم أنه جاء إلى النبي ﷺ لا أنّه لقيه فسأله .

(١) (منها) : ما أخرجه البخاري (١٢/ ١٢٠ رقم ٦٨١٥) و (١٢/ ١٣٦ رقم ٦٨٢٥) ، ومسلم (٣/ ١٣١٨ رقم ١٦/ ١٦٩١) .
عن أبي هريرة رضي الله عنه ، قال : « أتى رجل رسولَ الله ﷺ وهو في المسجد فناداه ، فقال : يا رسول الله ، إني زنيت . فأعْرَض عنه فَتَنَحّى تِلقَاء وجهِهِ فقال : يا رسولَ الله ، إني زنيتُ . فأعرضَ عنهُ حتّى ثنى ذلِكَ أربعَ مراتٍ . فلما شهد على نفسه أربعَ شهادات ، دعاه رسول الله ﷺ فقال : أبكَ جنونٌ ؟ قال : لا . قال : فهل أحصنْت ؟ قال : نعم . فقال رسولُ الله ﷺ : اذهَبُوا فارجُمُوهُ ، فَرَجَمْنَاهُ بالمُصَلَّى فَلَمَّا أَذْلَقَتْه الحجارَةُ هَرَبَ فأَدْرَكْنَاهُ بالحَرَّةِ فرجمناهُ » .
(ومنها) : ما أخرجه مسلم (٣/ ١٣١٩ رقم ١٧/ ١٦٩٢) ، وأبو داود (٤/ ٥٨١ رقم ٤٤٣٠) من حديث جابر بن سمرة .
(ومنها) : ما أخرجه مسلم (٣/ ١٣٢١ رقم ٢٢/ ١٦٩٥) ، وأحمد (٥/ ٣٤٧) من حديث بُرَيدة .
(ومنها) : ما أخرجه البخاري (١٢/ ١٢٩ رقم ٦٨٢٠) ، ومسلم (٣/ ١٣١٨ رقم ١٦/ ١٦٩١) و (٣/ ١٣١٩ رقم ١٧/ ١٦٩٢) من حديث جابر .

• **وأما المسألة الثانية :**

وهي من اعترف بالزنا ثم رجع ، فقال جمهور العلماء : يـ

إلا ابن أبي ليلى وعثمان البتي ، وفصّل مالك فقال : إن رجع إلى

رجوعه . وأما إن رجع إلى غير شبهة فعنه في ذلك روايتان :

إحداهما : يقبل وهي الرواية المشهورة .

والثانية : لا يقبل رجوعه .

وإنما صار الجمهور إلى تأثير الرجوع في الإقرار ، لما ثبت من تقريره ﷺ ماعزًا وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع[1] ، ولذلك لا يجب على من أوجب سقوط الحد بالرجوع أن يكون التمادي على الإقرار شرطًا من شروط الحد . وقد روي من طريق « أن ماعزًا لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه ، فقال لهم : ردوني إلى رسول الله ﷺ ، فقتلوه رجمًا وذكروا ذلك للنبي ﷺ فقال : هَلَّا تَرَكْتُمُوهُ لَعَلَّهُ يَتُوبُ فَيَتُوبَ اللهُ عَلَيْهِ »[2] ومن هنا تعلق الشافعي بأن التوبة

---

(١) تقدم ذلك في حديث ماعز ، من رواية ابن عباس وأبي هريرة وغيرهما ، ممن روى ذكر الاعتراف أربع مرات . وكذلك ورد نحوه في حديث الغامدية الذي تقدم عزوه .

(٢) أخرجه أبو داود (٤ /٥٧٣ رقم ٤٤١٩) ، والنسائي في « الكبرى » عزاه إليه الحافظ المزي في أطرافه (٩ /٣٤ رقم ١١٦٥١) ، وأحمد (٥ /٢١٦ ، ٢١٧) ، والحاكم (٤ /٣٦٣) ، والبيهقي (٨ /٢٢٨) ، وابن أبي شيبة في المصنف (١٠ /٧١ رقم ٨٨١٦) وغيرهم من حديث هَزَّال رضي الله عنه .
وقال الحاكم : صحيح الإسناد ، ووافقه الذهبي وهو كما قالا .
وأخرج أحمد (٢ /٤٥٠) ، والترمذي (٤ /٣٦ رقم ١٤٢٨) ، وابن ماجه (٢ /٨٥٤ رقم ٢٥٥٤) ، والبيهقي (٨ /٢٢٨) ، والحاكم (٤ /٣٦٣) .
عن أبي هريرة ، قال : جاء ماعز الأسلمي إلى رسول الله ﷺ ، فقال : إنه قد زنى ، فأعرض عنه ، ثم جاءَ من شِقِّهِ الآخر ، فقال : يا رسولَ اللهِ ؛ إنه قد زنى ، فأعرضَ عنه ، ثم جاءَ من شقه الآخر ، فقال : يا رسولَ اللهِ ؛ إنه قد زنى ، فأمر به في الرابعةِ فأُخرِجَ إلى الحرَّةِ فرُجِمَ بالحجارةِ ، فلما وجدَ مسَّ الحجارةِ فَرَّ يشتدُّ حتى مَرَّ برجُل =

تسقط الحدود ، والجمهور على خلافه ، وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطًا ثالثًا في وجوب الحد . وأما ثبوت الزنا بالشهود فإن العلماء اتفقوا على أنه يثبت الزنا بالشهود ، وأن العدد المشترط في الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى :﴿ **ثُمَّ لَمْ يأتُوا بأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ** ﴾[1] وأن من صفتهم أن يكونوا عدولًا ، وأن من شرط هذه الشهادة أن تكون بمعاينة فرجه في فرجها ، وأنها تكون بالتصريح لا بالكناية ، وجمهورهم على أن من شرط هذه الشهادة **ألَّا** تختلف لا في زمان ولا في مكان إلا ما حكي عن أبي حنيفة من مسألة الزوايا المشهورة ، وهو أن يشهد كل واحد من الأربعة أنه رآها في ركن من البيت يطؤها غير الركن الذي رآه فيه الآخر .

وسبب الخلاف هل تلفق الشهادة المختلفة بالمكان ، أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان ؟ فإنهم أجمعوا على أنها لا تلفق ، والمكان أشبه شيء بالزمان . والظاهر من الشرع قصده إلى التوثق في ثبوت هذا الحد أكثر منه في سائر الحدود . وأما اختلافهم في إقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه ، فإن طائفة أوجبت فيه الحد على ما ذكره مالك في الموطأ من حديث عمر ، وبه قال مالك ، إلا أن تكون جاءت بأمارة على استكراهها ، مثل أن تكون بكرًا فتأتي وهي تدمي ، أو تفضح نفسها بأثر الاستكراه ، وكذلك عنده الأمر إذا ادعت الزوجية إلا أن تقيم البينة على ذلك ، ما عدا الطارئة ، فإن ابن القاسم قال : إذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها ، وقال أبوحنيفة والشافعي : لا يقام عليها

= مَعَهُ لَحْى جَمَلٍ فضربَهُ به وضربَهُ الناس حتى مات ، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ أنه فَرَّ حين وجدَ مَسَّ الحِجَارَةِ ومسَّ الموتِ . فقال رسول الله ﷺ : « هلا تركتموه » .
قال الترمذي : هذا حديث حسن .
وقال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي وهو كما قالا .

(١) النور : الآية (٤) .

الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه ، وكذلك مع دعوى الزوجية ، وإن لم تأت في دعوى الاستكراه بأمارة ، ولا في دعوى الزوجية ببينة ؛ لأنها بمنزلة من أقر ، ثم ادعى الاستكراه . ومن الحجة لهم ما جاء في حديث شراحة أن عليًا رضي الله عنه قال لها : استكرهت ؟ قالت : لا ، قال : فلعل رجلًا أتاك في نومك . قالوا : وروى الأثبات عن عمر أنه قبل قول امرأة دعت أنها ثقيلة النوم وأن رجلًا طرقها فمضى عنها ، ولم تدر من هو بعد . ولا خلاف بين أهل الإسلام أن المستكرهة لا حد عليها ، وإنما اختلفوا في وجوب الصداق لها .

وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع ، أو هو نحلة ؟ فمن قال عوض عن البضع أوجبه في البضع في الحلية والحرمية ، ومن قال إنه نحلة خص الله به الأزواج لم يوجبه . وهذا الأصل كاف في هذا الكتاب ، والله الموفق للصواب .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٦٥ - كتاب القذف □

والنظر في هذا الكتاب : في القذف ، والقاذف ، والمقذوف ، وفي العقوبة الواجبة فيه ، وبماذا تثبت . والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى : ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ** ﴾[1] الآية . فأما القاذف فإنهم اتفقوا على أن من شرطه وصفين : وهما البلوغ والعقل ، وسواء كان ذكرا أو أنثى ، حرًا أو عبدًا ، مسلمًا أو غير مسلم . وأما المقذوف فاتفقوا على أن من شرطه أن يجتمع فيه خمسة أوصاف ، وهي : البلوغ والحرية والعفاف والإسلام ، وأن يكون معه آلة الزنا ، فإن انخرم من هذه الأوصاف وصف ؛ لم يجب الحد ، والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية في المقذوف ، ويحتمل أن يدخل في ذلك خلاف ، ومالك يعتبر في سن المرأة أن تطيق الوطء . وأما القذف الذي يجب به الحد ، فاتفقوا على وجهين : **أحدهما** : أن يرمي القاذف المقذوف بالزنا ، **والثاني** : أن ينفيه عن نسبه إذا كانت أمه حرة مسلمة . واختلفوا إن كانت كافرة أو أمة ؛ فقال مالك : سواء كانت حرة أو أمة ، أو مسلمة أو كافرة يجب الحد . وقال إبراهيم النخعي : لاحد عليه إذا كانت أم المقذوف أمة أو كتابية ، وهو قياس قول الشافعي وأبي حنيفة . واتفقوا أن القذف إذا كان بهذين المعنيين أنه

---

(١) النور : الآية (٤) .

إذا كان بلفظ صريح ؛ وجب الحد ، واختلفوا إن كان بتعريض ، فقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى : لاحد في التعريض ، إلا أن أبا حنيفة والشافعي يريان فيه التعزير ، وممن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود ، وقال مالك وأصحابه : في التعريض الحد ، وهي مسألة وقعت في زمان عمر ، فشاور عمر فيها الصحابة ، فاختلفوا فيها عليه ، فرأى عمر فيها الحد .

وعمدة مالك أن الكناية قد تقوم بعرف العادة ، والاستعمال مقام النص الصريح ، وإن كان اللفظ فيها مستعملًا في غير موضعه أعني : مقولًا بالاستعارة .

وعمدة الجمهور أن الاحتمال الذي في الاسم المستعار شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات ، والحق أن الكناية قد تقوم في مواضع مقام النص ، وقد تضعف في مواضع ، وذلك أنه إذا لم يكثر الاستعمال لها والذي يندرئ به الحد عن القاذف أن يثبت زنا المقذوف بأربعة شهود بإجماع ، والشهود عند مالك إذا كانوا أقل من أربعة قذفة ، وعند غيره ليسوا بقذفة ، وإنما اختلف المذهب في الشهود الذين يشهدون على شهود الأصل .

والسبب في اختلافهم هل يشترط في نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الأصل أم يكفي في ذلك اثنان على الأصل المعتبر فيما سوى القذف إذ كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد .

وأما الحد فالنظر فيه في جنسه وتوقيته ومسقطه ، أما جنسه : فإنهم اتفقوا على أنه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى : ﴿ **ثمانين جلدة** ﴾[1] . واختلفوا في العبد يقذف الحر : كم حده ؟ فقال الجمهور من فقهاء الأمصار : حده نصف حد الحر ، وذلك أربعون جلدة ، وروي ذلك عن الخلفاء الأربعة ، وعن ابن عباس ، وقالت طائفة : حده حد الحر ، وبه قال ابن مسعود من الصحابة

---

(١) النور : الآية (٤) .

وعمر بن عبد العزيز ، وجماعة من فقهاء الأمصار : أبو ثور والأوزاعي وداود وأصحابه من أهل الظاهر .

فعمدة الجمهور قياس حده في القذف على حده في الزنا . وأما أهل الظاهر فتمسكوا في ذلك بالعموم ، ولما أجمعوا أيضًا أن حد الكتابي ثمانون ، فكان العبد أحرى بذلك . وأما التوقيت فإنهم اتفقوا على أنه إذا قذف شخصًا واحدًا مرارًا كثيرة ، فعليه حد واحد إذا لم يحد بواحدٍ منها وأنه إن قذف فحد ، ثم قذفه ثانية حد حدًا ثانيًا ، واختلفوا إذا قذف جماعة ، فقالت طائفة : ليس عليه إلا حد واحد جمعهم في القذف أو فرقهم ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة ، وقال قوم : بل عليه لكل واحد حد ، وبه قال الشافعي والليث وجماعة حتى روي عن الحسن بن حيي أنه قال : إن قال إنسان : من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها ، وقالت طائفة : إن جمعهم في كلمة واحدة مثل أن يقول لهم : يا زناة فحد واحد ، وإن قال لكل واحد منهم يا زاني ؛ فعليه لكل إنسان منهم حد .

فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة إلا حدًا واحدًا حديث أنس وغيره[1] أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء ، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فلاعن بينهما و لم يحده لشريك ، وذلك إجماع من أهل العلم فيمن قذف زوجته برجل .

وعمدة من رأى أن الحد لكل واحد منهم أنه حق للآدميين ، وأنه لو عفا بعضهم و لم يعف الكل لم يسقط الحد . وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة أو كلمات أو في مجلس واحدٌ أو في مجالس ، فلأنه رأى أنه واجب أن يتعدد الحد بتعدد القذف ؛ لأنه إذا اجتمع تعدد المقذوف وتعدد القذف ؛ كان أوجب

(١) تقدم تخريجه في اللعان .

أن يتعدد الحد . وأما سقوطه فإنهم اختلفوا في سقوطه بعفو القاذف ، فقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي : لا يصح العفو ، أي : لا يسقط الحد ، وقال الشافعي : يصح العفو ، أي يسقط الحد ، بلغ الإمام أو لم يبلغ ، وقال قوم : إن بلغ الإمام لم يجز العفو ، وإن لم يبلغه جاز العفو . واختلف قول مالك في ذلك ، فمرة قال بقول الشافعي ، ومرة قال : يجوز إذا لم يبلغ الإمام ، وإن بلغ لم يجز إلا أن يريد بذلك المقذوف الستر على نفسه ، وهو المشهور عنه .

والسبب في اختلافهم هل هو حق لله ، أو حق للآدميين ، أو حق لكليهما ؟ فمن قال : حق لله ، لم يجز العفو كالزنا ، ومن قال : حق للآدميين ، أجاز العفو ، ومن قال : لكليهما وغلَّب حق الإمام إذا وصل إليه ؛ قال بالفرق بين أن يصل الإمام ، أو لا يصل ، وقياسًا على الأثر الوارد في السرقة[(١)] .

وعمدة من رأى أنه حق للآدميين وهو الأظهر أن المقذوف إذا صدَّقه فيما قذفه به سقط عنه الحد . وأما من يقيم الحد . فلا خلاف أن الإمام يقيمه في القذف . واتفقوا على أنه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يتب . واختلفوا إذا تاب ؛ فقال مالك : تجوز شهادته ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز شهادته أبدًا .

والسبب في اختلافهم هل الاستثناء يعود إلى الجملة المتقدمة ، أو يعود إلى أقرب مذكور ، وذلك في قوله تعالى : ﴿ **ولا تَقْبلُوا لَهُمْ شَهادَةً أَبدًا وَأولَئِكَ هُم الفاسِقُونَ إلّا الَّذينَ تَابُوا** ﴾[(٢)] فمن قال : يعود إلى أقرب مذكور ؛ قال : التوبة ترفع الفسق ، ولا تقبل شهادته ، ومن رأى أن الاستثناء يتناول الأمرين جميعًا قال : التوبة ترفع الفسق ، ورد الشهادة . وكون ارتفاع الفسق مع رد

(١) سيأتي تخريجه في كتاب السرقة .
(٢) النور : الآية (٤ و ٥) .

الشهادة أمر غير مناسب في الشرع ، أي : خارج عن الأصول ؛ لأن الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة . واتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد . وأما بماذا يثبت ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يثبت بشاهدين عدلين حرين ذكرين . واختلف في مذهب مالك : هل يثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء. ؟ وهل تلزم في الدعوى فيه يمين ؟ وإن نكل فهل يحد بالنكول ويمين المدعي ؟ فهذه هي أصول هذا الباب التي تُبنى عليه فروعه . قال القاضي : وإن أنسأ الله في العمر فسنضع كتابًا في الفروع على مذهب مالك بن أنس مرتبا ترتيبًا صناعيًا ، إذ كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة ، التي هي جزيرة الأندلس حتى يكون به القارئ مجتهدًا في مذهب مالك ؛ لأن إحصاء جميع الروايات عندي شيء ينقطع العمر دونه .

○ باب في شرب الخمر ○

والكلام في هذه الجناية : في الموجب ، والواجب ، وبماذا تثبت هذه الجناية ؟ فأما الموجب ، فاتفقوا على أنه شرب الخمر دون إكراه ؛ قليلها وكثيرها . واختلفوا في المسكرات من غيرها ، فقال أهل الحجاز : حكمها حكم الخمر في تحريمها ، وإيجاب الحد على من شربها قليلًا كان أو كثيرًا ، أو لم يسكر ، وقال أهل العراق : المحرم منها هو السكر ، وهو الذي يوجب الحد . وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين في كتاب الأطعمة والأشربة .

وأما الواجب فهو الحد والتفسيق إلا أن تكون التوبة ، والتفسيق في شارب الخمر باتفاق ، وإن لم يبلغ حد السكر ، وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر . واختلف الذين رأوا تحريم قليل الأنبذة في وجوب الحد ، وأكثر هؤلاء على وجوبه ، إلا أنهم اختلفوا في مقدار الحد الواجب ، فقال الجمهور : الحد في ذلك ثمانون ، وقال الشافعي وأبو ثور وداود : الحد في ذلك أربعون ، هذا في حد الحر . وأما حد العبد فاختلفوا فيه ، فقال الجمهور : هو على النصف من حد الحر ، وقال أهل الظاهر : حد الحر والعبد سواء ، وهو أربعون ، وعند الشافعي : عشرون ، وعند من قال ثمانون أربعون .

فعمدة الجمهور تشاور عمر والصحابة لما كثر في زمانه شرب الخمر ، وإشارة عليّ عليه بأن يجعل الحد ثمانين قياسًا على حد الفرية ، فإنه كما قيل عنه رضى الله عنه : « إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى » .

وعمدة الفريق الثاني أن النبي ﷺ لم يحد في ذلك حدًا ، وإنما كان يضرب

فيها بين يديه بالنعال ضربًا غير محدود[1] ، وأن أبا بكر رضي الله عنه شاور أصحاب رسول الله ﷺ : « كم بلغ ضرب رسول الله ﷺ لشراب الخمر ؟ فقدروه بأربعين »[2] وروي عن أبي سعيد الخدري[3] « أن رسول الله ﷺ ضرب في الخمر بنعلين أربعين » فجعل عمر مكان كل نعل سوطًا . وروي من طريق آخر عن أبي سعيد الخدري[4] ما هو أثبت من هذا ، وهو « أن رسول الله ﷺ ضرب في الخمر أربعين » وروي هذا عن علي[5] عن النبي ﷺ

---

(١) أخرجه أحمد (١ /١٢٥) ، والبخاري (١٢ /٦٦ رقم ٦٧٧٨) ، ومسلم (٣ /١٣٣٢ رقم ٣٩ /١٧٠٧) ، وأبو داود (٤ /٦٢٦ رقم ٤٤٨٦) ، وابن ماجه (٢ /٨٥٨ رقم ٢٥٦٩) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣ /١٥٣) ، والبيهقي (٨ /٣٢١) .
من حديث علي رضي الله عنه قال : « ما كنتُ لأقيم حداً على أحد فيموتَ فأجد في نفسي ، إلا صاحبَ الخمر فإنه لو مات ودَيْته ، وذلك أنَّ رسول الله ﷺ لم يَسُنَّه ».

(٢) أخرج أبو داود (٤ /٦٢٨ رقم ٤٤٨٩) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ /٩٠ رقم ٢٩٢) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣ /١٥٦) ، والحاكم (٤ /٣٧٥) ، والبيهقي (٨ /٣٢٠) .
عن عبد الرحمن بن أزهر ، قال : رأيت رسول الله ﷺ غداةَ الفتح ، وأنا غلام شاب يتخلَّل الناس يسأل عن منزل خالد بن الوليد فأتي بشارب ، فأمرهم فضربوه بما في أيديهم : فمنهم من ضربه بالسوط ، ومنهم من ضربه بعصا ، ومنهم من ضربه بنعله ، وحثى رسول الله ﷺ التراب ، فلما كان أبوَ بكر أُتي بشارب ، فسألهم عن ضرب النبي ﷺ الذي ضربه ، فحزروه أربعين ، فضرب أبو بكر أربعين .. الحديث .
قال الحاكم : صحيح الإسناد ، ووافقه الذهبي .

(٣) أخرجه أحمد (٣ /٦٧) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /١٥٧) ، والترمذي (٤ /٤٧ رقم ١٤٤٢) .
وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

(٤) لم أجده إلا من الطريق المتقدم ، والله أعلم .

(٥) أخرج مسلم (٣ /١٣٣١ رقم ٣٨ /١٧٠٧) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /١٥٢) ، والبيهقي (٨ /٣١٦ –٣١٨) . =

من طريق أثبت ، وبه قال الشافعي ، وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الإمام يقيمه ، وكذلك الأمر في سائر الحدود ، واختلفوا في إقامة السادات الحدود على عبيدهم ، فقال مالك : يقيم السيد على عبده حد الزنا وحد القذف إذا شهد عنده الشهود ، ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ، ولا يقطع في السرقة إلا الإمام ، وبه قال الليث ، وقال أبو حنيفة : لا يقيم الحدود على العبيد إلا الإمام ، وقال الشافعي : يقيم السيد على عبده جميع الحدود ، وهو قول أحمد وإسحاق وأبي ثور .

فعمدة مالك الحديث المشهور « أن رسول الله ﷺ سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن فقال : إنْ زَنَتْ فاجْلِدُوها ، ثمَّ إنْ زَنَتْ فاجْلِدُوها ، ثُمَّ إنْ زَنَتْ فاجْلِدُوها ، ثُمَّ بيعُوها وَلَوْ بِضَفيرٍ »[1] وقوله ﷺ : « إذَا زَنَتْ أَمَةُ أَحَدِكُمْ فَلْيَجْلِدْها »[2] . وأما الشافعي فاعتمد مع هذه الأحاديث ما روي عنه ﷺ من حديث علي[3] أنه قال : « أقيمُوا الحُدُودَ عَلى ما مَلَكَتْ

= عن علي في قصة جلد الوليد بن عقبة بأمر عثمان ، وعلي حاضر يعد ، حتى بلغ عبد الله ابن جعفر أربعين ، فقال علي : أمسك ثم قال : جلد النبي ﷺ أربعين وجلد أبو بكر أربعين ، وعمر ثمانين وكلٌّ سنة ، وهذا أحب إليَّ ..

(١) تقدم تخريجه قريبا من حديث أبي هريرة ، وزيد بن حامد .

(٢) أخرجه البخاري (١٢/١٦٥ رقم ٦٨٣٩) ، ومسلم (٣/١٣٢٨ رقم ٣٠ /١٧٠٣) من حديث أبي هريرة . قال : سمعت النبي ﷺ يقول : « إذا زنت أمةُ أحدكم فتبين زناها فليجلدها الحد ، ولا يُثَرِّبُ عليها ، ثم إن زنت فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ، ثم إن زنت الثالثة فتبين زناها فليبعها ولو بحبلٍ من شَعَرٍ » .

(٣) أخرجه أحمد (١/٩٥) ، وأبو داود (٤/٦١٧ رقم ٤٤٧٣) ، والبيهقي (٨/٢٤٥) . من طريق عبد الأعلى ، عن أبي جميلة ، عن علي رضي الله عنه قال : فجرت جارية لآل رسول الله ﷺ فقال : « يا علي انطلق فأقم عليها الحد ، فانطلقت فإذا بها دم يسيل لم ينقطع فأتيته فقال يا علي ، أفرغت ؟ قلت : أتيتها ودمها يسيل ، فقال : دعها حتى ينقطع دمها ثم أقم عليها الحد ، أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » . =

أَيْمانُكُمْ » ولأنه أيضًا مروي عن جماعة من الصحابة ولا مخالف لهم ، منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس .

وعمدة أبي حنيفة الإجماع على أن الأصل في إقامة الحدود هو السلطان . وروي عن الحسن وعمر بن العريز وغيرهم أنهم قالوا : الجمعة والزكاة والفيء والحكم إلى السلطان .

• فصل .

وأما بماذا يثبت هذا الحد ، فاتفق العلماء على أنه يثبت بالإقرار وبشهادة عدلين . واختلفوا في ثبوته بالرائحة ، فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز : يجب الحد بالرائحة إذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان ، وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة ، وجمهور أهل العراق ، وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا : لا يثبت الحد بالرائحة .

فعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها بالشهادة على الصوت والخط .

وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح ، والحد يدرأ بالشبهة .

= ● وأخرج مسلم (٣ /١٣٣٠ رقم ٣٤ /١٧٠٥) ، والحاكم (٤ /٣٦٩) ، والبيهقي (٨ /٢٤٤) .
من طريق أبي عبد الرحمن السلمي ، قال خطب علي فقال : يا أيها الناس أقيموا على أرقائكم الحد من أحصن منهم ومن لم يحصن ، فإن أمة لرسول الله ﷺ فجرت فأمرني أن أجلدها فإذا هي حديث عهد بنفاس فخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال : « أحسنت » . قال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . وهو واهم في ذلك كما ترى .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٦٦ - كتاب السرقة □

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة ، وفي شروط المسروق الذي يجب به الحد ، وفي صفات السارق الذي يجب عليه الحد ، وفي العقوبة ، وفيما تثبت به هذه الجناية ، فأما السرقة ، فهي أخذ مال الغير مستترًا من غير أن يؤتمن عليه ، وإنما قلنا هذا ؛ لأنهم أجمعوا أنه ليس في الخيانة ، ولا في الاختلاس قطع إلا إياس ابن معاوية ، فإنه أوجب في الخلسة القطع ، وذلك مروي عن النبي ﷺ [(١)] .

---

(١) أخرج أحمد (٣ /٣٨٠) ، والدارمي (٢ /١٧٥) ، وأبو داود (٤ /٥٥١ -٥٥٢ رقم ٤٣٩١ و ٤٣٩٢ و ٤٣٩٣) ، والترمذي (٤ /٥٢ رقم ١٤٤٨) ، والنسائي (٨ /٨٨، ٨٩) ، وابن ماجه (٢ /٨٦٤ رقم ٢٥٩١) ، والطحاوي في شرح المعاني (١٧١/٣) ، والبيهقي (٢٧٩/٨) ، والخطيب في تاريخ بغداد (١٥٣/١١) ، وابن حبان (صـ٣٦٠ رقم ١٥٠٢ - الموارد) .

من حديث جابر أن رسول الله ﷺ قال : « ليس على المختلس ولا على المنتهب ، ولا على الخائن قطع » .

وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

وقال الشيخ عبد القادر الأرناؤوط في جامع الأصول (٣ /٥٧٠) « وفيه تدليس أبي الزبير ، قال الشوكاني في نيل الأوطار : وقد أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، وصرح بسماع أبي الزبير من جابر ، وفي الباب عن عبد الرحمن بن عوف عند ابن ماجه بإسناد صحيح بنحو حديث الباب ، وعن أنس عند ابن ماجه أيضاً والطبراني في الأوسط ، وعن ابن عباس عند ابن الجوزي ني العلل وضعفه . وهذه الأحاديث =

وأوجب أيضًا قوم القطع على من استعار حليًا أو متاعًا ثم حجده لمكان حديث المرأة المخزومية المشهور « أنها كانت تستعير الحليّ ، وأن رسول الله ﷺ قطعها لموضع جحودها »[1] وبه قال أحمد وإسحاق والحديث حديث عائشة[2] قالت : « كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده ، فأمر النبي ﷺ بقطع يدها ، فأتى أسامة أهلها فكلموه ، فكلم أسامة النبي ﷺ ، فقال النبي ﷺ : « يا أُسامة لا أَرَاكَ تَتَكَلَّمُ في حَدّ مِنْ حُدُودِ اللهِ ثم قام النبي ﷺ خطيبا فقال : « إِنَّما أَهْلَكَ مَنْ كانَ قَبْلَكُمْ أَنَّهُ إذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ ، وإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ قَطَعُوهُ ، والذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْ كانَتْ فاطِمَةُ بِنْتُ محمَّدٍ لَقَطَعْتُها » ورد الجمهور هذا الحديث ؛ لأنه مخالف للأصول ، وذلك أن المعار مأمون ، وأنه لم يأخذ بغير إذن فضلًا أن يأخذ من حرز ، قالوا : وفي الحديث حذف ، وهو أنها سرقت مع أنها جحدت ، ويدل على ذلك قوله ﷺ: « إنما أهلك من كان قبلكم أنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه »[3] قالوا : وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهري بإسناده ، فقال فيه : إن المخزومية سرقت[4] ، قالوا : وهذا يدل على أنها فعلت الأمرين جميعًا الجحد والسرقة ، وكذلك أجمعوا على أنه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع إلا أن يكون قاطع طريق شاهرًا للسلاح

= يقوي بعضها بعضاً ، ولا سيما بعد تصحيح الترمذي وابن حبان لحديث الباب » اهـ .

(١) هو المذكور بعده .

(٢) أخرجه مسلم (٣ /١٣١٦ رقم ١٠ /١٦٨٨) ، وأبو داود (٤ /٥٣٧ –٥٣٨ رقم ٤٣٧٣ و ٤٣٧٤) ، والنسائي (٨ /٧٣، ٧٤) ، وأحمد (٦ /١٦٢) ، وعبد الرزاق في المصنف (١٠ /٢٠١ رقم ١٨٨٣٠) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /١٧٠) ، والبيهقي (٨ /٢٥٣) وغيرهم واللفظ المذكور هنا لأحمد بزيادة قطع يد المخزومية .

(٣) تقدم في الحديث الذي قبله .

(٤) أخرجه البخاري (١٢ /٨٧ رقم ٦٧٨٨) ، ومسلم (٣ /١٣١٥ رقم ٨ /١٦٨٨) .

على المسلمين مخيفًا للسبيل ، فحكمه حكم المحارب على ما سيأتي في حد المحارب .
وأما السارق الذي يجب عليه حد السرقة ، فإنهم اتفقوا على أن من شرطه أن يكون مكلفًا ، وسواء كان حرًا أو عبدًا ، ذكرًا أو أنثى ، أو مسلمًا ، أو ذميًا ، إلا ما روي في الصدر الأول من الخلاف في قطع يد العبد الآبق إذا سرق ، وروي ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر بن عبد العزيز ، ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم ، فمن رأى أن الإجماع ينعقد بعد وجود الخلاف في العصر المتقدم كانت المسألة عنده قطعية ، ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الأمر بالقطع ، ولا عبرة لمن لم ير القطع على العبد الآبق إلا تشبيهه سقوط الحد عنه بسقوط شطره ، أعني : الحدود التي تتشطر في حق العبيد ، وهو تشبيه ضعيف . وأما المسروق فإن له شرائط مختلفًا فيها ، فمن أشهرها اشتراط النصاب ، وذلك أن الجمهور على اشتراطه ، إلا ما روي عن الحسن البصري أنه قال : القطع في قليل المسروق وكثيره ، لعموم قوله تعالى : ﴿ **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما** ﴾[1] الآية . وربما احتجوا بحديث أبي هريرة خرجه البخاري[2] ومسلم[3] عن النبي ﷺ أنه قال : « لَعَنَ اللَّهُ السَّارِقَ يَسْرِقُ البَيْضَةَ فَتُقْطَعُ يَدُهُ ، ويَسْرِقُ الحَبْلَ فَتُقْطَعُ يَدُهُ » وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين . والذين قالوا باشتراط النصاب في وجوب القطع وهم الجمهور اختلفوا في قدره اختلافًا كثيرًا ، إلا أن الاختلاف المشهور من ذلك الذي يستند إلى أدلة ثابتة ، وهو قولان :

أحدهما : قول فقهاء الحجاز مالك والشافعي وغيرهم .

---

(١) المائدة : الآية (٣٨) .

(٢) في صحيحه (١٢ /٨١ رقم ٦٧٨٣) .

(٣) في صحيحه (٣ /١٣١٤ رقم ٧ /١٦٨٧) .
قلت : وأخرجه أحمد (٢ /٢٥٣) ، والنسائي (٨ /٦٥) ، وابن ماجه (٢ /٨٦٢ رقم ٢٥٨٣) ، والبيهقي (٨ /٢٥٣) .

والثاني : قول فقهاء العراق .

أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة . وربع دينار من الذهب . واختلفوا فيما تقوم به سائر الأشياء المسروقة مما عدا الذهب والفضة ، فقال مالك في المشهور : تقوم بالدراهم لا بالربع دينار ، أعني : إذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف ، مثل أن يكون الربع دينار في وقت درهمين ونصفًا ، وقال الشافعي : الأصل في تقويم الأشياء هو الربع دينار ، وهو الأصل أيضًا للدراهم فلا يقطع عنده في الثلاثة دراهم إلا أن تساوي ربع دينار . وأما مالك فالدنانير والدراهم عند كل واحد منهما معتبر بنفسه . وقد روى بعض البغداديين عنه أنه ينظر في تقويم العروض إلى الغالب في نقود أهل ذلك البلد ، فإن كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم ، وإن كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار ، وأظن أن في المذهب من يقول إن الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم ، وبقول الشافعي في التقويم قال أبو ثور والأوزاعي وداود ، وبقول مالك المشهور قال أحمد ، أعني : بالتقويم بالدراهم .

وأما فقهاء العراق فالنصاب الذي يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم لا يجب في أقل منه . وقد قال جماعة منهم ابن أبي ليلى وابن شبرمة : لا تقطع اليد في أقل من خمسة دراهم ، وقد قيل : في أربعة دراهم ، وقال عثمان البتي : في درهمين .

فعمدة فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر[1] أن النبي ﷺ « قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم » وحديث عائشة أوقفه مالك[2]

---

(١) أخرجه البخاري (١٢ /٩٧ رقم ٦٧٩٥) ، ومسلم (٣ /١٣١٣ رقم ٦ /١٦٨٦) ، وأبو داود (٤ /٥٤٧ رقم ٤٣٨٥) ، والنسائي (٨ /٧٦) ، والترمذي (٤ /٥٠ رقم ١٤٤٦) ، ومالك في الموطأ (٢ /٨٣١ رقم ٢١) وغيرهم .

(٢) في الموطأ (٢ /٨٣٢ رقم ٢٤) .

وأسنده البخاري[1] ومسلم إلى النبي ﷺ أنه قال : « تُقْطَعُ اليَدُ في رُبْعِ دِينار فَصَاعِدًا »[2] .

وأما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر[3] المذكور ، قالوا : ولكن قيمة المجن هو عشرة دراهم وروي ذلك في أحاديث . وقد خالف ابن عمر في قيمة المجن من الصحابة كثير ممن رأى القطع في المجن كابن عباس وغيره . وقد روى محمد بن إسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس[4] قال : كان ثمن المجن على عهد رسول الله ﷺ عشرة دراهم . قالوا : وإذا وجد الخلاف في ثمن المجن ، وجب ألَّا تقطع اليد إلا بيقين ، وهذا الذي قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة ، وهو الذي اعتمده الشافعي في هذه المسألة وجعل الأصل هو الربع دينار . وأما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذي رواه ، وهو أنه قطع في أترجة قومت بثلاثة دراهم ، والشافعي يعتذر عن

---

(١) في صحيحه (١٢ /٩٦ رقم ٦٧٨٩) .

(٢) في صحيحه (٣ /١٣١٢ رقم ٢ ،٣ ،٤ ،١٦٨٤) .
قلت : وأخرج المرفوع أيضاً أحمد (٦ /١٦٣) ، وأبو داود (٤ /٥٤٦ رقم ٤٣٨٤) ، والترمذي (٤ /٥٠ رقم ١٤٤٥) والنسائي (٧٨) ، وابن ماجه (٢ /٨٦٢ رقم ٢٥٨٥) ، والبيهقي (٨ /٢٥٤) وغيرهم .

(٣) تقدم تخريجه قريباً .

(٤) أخرجه أبو داود (٤ /٥٤٨ رقم ٤٣٨٧) ، والنسائي (٨ /٨٣) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /١٦٣) ، والدارقطني (٣ /١٩٢ رقم ٣٢٣) ، والحاكم (٤ /٣٧٨) ، والبيهقي (٨ /٢٥٧) .
وقال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي .
قلت : فيه عنعنة محمد بن إسحاق ، ولكن للحديث شواهد بمعناه .
(**منها**) : حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال : « كان ثمن المجن على عهد رسول الله ﷺ عشرة دراهم » .
أخرجه النسائي (٨ /٨٤) . وفيه أيضاً عنعنة ابن إسحاق ، ولكن له شواهد بمعناه .

حديث عثمان من قبل أن الصرف كان عندهم في ذلك الوقت اثنا عشر درهما[1] والقطع في ثلاثة دراهم أحفظ للأموال ، والقطع في عشرة دراهم أدخل في باب التجاوز والصفح عن يسير المال وشرف العضو ، والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعي وغير ممكن على مذهب غيره ، فإن كان الجمع أولى من الترجيح فمذهب الشافعي أولى المذاهب ، فهذا هو أحد الشروط المشترطة في القطع . واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو إذا سرقت الجماعة ما يجب فيه القطع ، أعني : نصابًا دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصابًا ، وذلك بأن يخرجوا النصاب من الحرز معًا ، مثل أن يكون عدلًا أو صندوقًا يساوي النصاب ، فقال مالك : يقطعون جميعًا ، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة : لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصابًا ، فمن قطع الجميع رأى العقوبة إنما تتعلق بقدر مال المسروق ، أي : أن هذا القدر من المال المسروق هو الذي يوجب القطع لحفظ المال ، ومن رأى أن القطع إنما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد ، قال : لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب فيه الشرع قطع يد واحدة . واختلفوا متى يقدر المسروق ، فقال مالك : يوم السرقة ، وقال أبوحنيفة : يوم الحكم عليه بالقطع . وأما الشرط الثاني في وجوب هذا الحد فهو الحرز ، وذلك أن جميع فقهاء الأمصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز في وجوب القطع ، وإن كان قد اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بحرز . والأشبه أن يقال في حد الحرز : إنه ما شأنه أن تحفظ به الأموال كي يعسر أخذها مثل الأغلاق والحظائر وما أشبه ذلك ، وفي الفعل الذي إذا فعله السارق اتصف بالإخراج من الحرز على ما سنذكره بعد ، وممن ذهب إلى هذا مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، والثوري ، وأصحابهم ،، وقال أهل الظاهر

(١) هكذا هذه العبارة بجميع الأصول . فليتأمل معناها . اهـ مصححه .

وطائفة من أهل الحديث : القطع على من سرق وإن سرق من غير حرز .

فعمدة الجمهور : حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده[1] عن النبي ﷺ أنه قال « لا قَطْعَ في ثَمَرٍ مُعَلَّق ولا في حَريسَةِ جَبَل ، فإذَا أوَاه المُرَاحُ أو الجَرِينُ فالقَطْعُ فِيما بَلَغَ ثَمَنَ المِجَنّ » ومرسل مالك أيضا عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين المكي بمعنى حديث عمرو بن شعيب .

وعمدة أهل الظاهر : عموم قوله تعالى : ﴿ **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما** ﴾[2] الآية . قالوا : فوجب أن تحمل الآية على عمومها ، إلا ما

---

(١) أخرجه أبو داود (٤ /٥٥٠ رقم ٤٣٩٠) ، والنسائي (٨ /٨٦) ، وابن ماجه (٢ /٨٦٥ رقم ٢٥٩٦) ، والحاكم (٤ /٣٨١) ، والبيهقي (٨ /٢٦٣) ، عنه .
أن رجلاً من مزينة أتى النبي ﷺ فقال : « يا رسول الله ، كيف ترى في حريسة الجبل ؟ قال : هي ومثلها والنكال ، ليس في شيء من الماشية قطع إلا ما أواه المراح فبلغ ثمن المجن ففيه القطع ، وما لم ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال ، قال : يا رسول الله ، كيف ترى في الثمر المعلق ؟ قال : هو ومثله معه ، وليس في شيء من الثمر المعلق قطع إلا ما أواه الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع ، وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثله ، و جلدات نكال » لفظ الحاكم وقال : « هذه سنة تفرد بها عمرو بن شعيب عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص ، وإذا كان الراوي عن عمرو ابن شعيب ثقة فهو كأيوب عن نافع عن ابن عمر » اهـ .
قلت : واللفظ الذي ذكره ابن رشد هو عند مالك في الموطأ (٢ /٨٣١ رقم ٢٢) مرسلاً من روايته عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين المكي أن رسول الله ﷺ وذكره .
وقال ابن عبد البر – كما في الموطأ (٢ /٨٣٢) – : « لم يختلف الرواة في إرسال هذا الحديث في الموطأ ، ويتصل معناه من حديث عبد الله بن عمرو » .
فكأن ابن رشد لفق هذا اللفظ مع الإسناد الذي قال ابن عبد البر ، ثم قال : ومرسل مالك أيضاً عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين المكي بمعنى حديث عمرو بن شعيب .
(٢) المائدة : الآية (٣٨) .

خصصته السنة الثابتة من ذلك ، وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذي يقطع فيه من الذي لا يقطع فيه . وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع في أحاديث عمرو بن شعيب وقال أبو عمر بن عبد البر : أحاديث عمرو بن شعيب العمل بها واجب إذا رواها الثقات وأما الحرز عند الذين أوجبوه فإنهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا في أشياء ، مثل اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز ، واختلافهم في الأوعية . ومثل اتفاقهم على أن من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى أنه لا يقطع حتى يخرج من الدار ، واختلافهم في الدار المشتركة ، فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز : تقطع يده إذا أخرج من البيت ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا قطع عليه إلا إذا أخرج من الدار .

ومنها اختلافهم في القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش ، أو ليس بحرز ؟ فقال مالك والشافعي وأحمد وجماعة : هو حرز ، وعلى النباش القطع ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه ، وكذلك قال سفيان الثوري ، وروى ذلك عن زيد بن ثابت . والحزر عند مالك بالجملة هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه فمرابط الدواب عنده أحراز ، وكذلك الأوعية ، وما على الإنسان من اللباس ، فالإنسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده . وإذا توسد النائم شيئًا فهو له حرز على ما جاء في حديث صفوان بن أمية وسيأتي بعدُ ، وما أخذه من المنتبه فهو اختلاس . ولا يقطع عند مالك سارقُ ما كان على الصبي من الحلي أو غيره إلا أن يكون معه حافظ يحفظه ، ومن سرق من الكعبة شيئًا لم يقطع عنده ، وكذلك من المساجد ، وقد قيل في المذهب : إنه إن سرق منها ليلاً قطع . وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس بحرز . واتفق القائلون بالحرز على أن كل من سُمِّي مخرجًا للشيء من حرزه وجب عليه القطع ، وسواء كان داخل الحرز أو خارجه . وإذا ترددت التسمية وقع الخلاف، مثل اختلاف المذهب إذا كان سارقان : أحدهما : داخل

البيت ، والآخر خارجه ، فقرب أحدهما المتاع المسروق إلى ثقب في البيت فتناوله الآخر ، فقيل : القطع على الخارج المتناول له ، وقيل : لاقطع على واحد منهما ، وقيل : القطع على المقرب للمتاع من الثقب . والخلاف في هذا كله آيل إلى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه أو لانطلاقه . فهذا هو القول في الحرز واشتراطه في وجوب القطع ، ومن رمى بالمسروق من الحرز ثمَ أخذه خارج الحرز قطع ، وقد توقف مالك فيه إذا أخذ بعد رميه وقبل أن يخرج ، وقال ابن القاسم : يقطع .

• **فصل** .

وأما جنس المسروق ، فإن العلماء اتفقوا على أن كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه ، فإنه يجب في سرقته القطع ما عدا الأشياء الرطبة المأكولة ، والأشياء التي أصلها مباحة فإنهم اختلفوا في ذلك ، فذهب الجمهور إلى أن القطع في كل متموَّل يجوز بيعه وأخذ العوض فيه ، وقال أبو حنيفة : لاقطع في الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والحطب والحشيش .

فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة في اشتراط النصاب .

وعمدة أبي حنيفة في منعه القطع في الطعام الرطب قوله ﷺ : « لاقطع في ثمر ولا كَثْر »[1] وذلك أن هذا الحديث روي هكذا مطلقا من غير زيادة .

وعمدته أيضًا في منع القطع فيما أصله مباحٌ الشبهة التي فيه لكل مالك ، وذلك أنهم اتفقوا على أن من شرط المسروق الذي يجب فيه . القطع أن لايكون

---

(١) أخرجه مالك (٢ /٨٣٩ رقم ٣٢) ، وأحمد (٤ /١٤٠، ١٤٣) ، والدارمي (٢ /١٧٤) ، وأبو داود (٤ /٥٤٩ رقم ٤٣٨٨) ، والترمذي (٤ /٥٢ رقم ١٤٤٩) ، والنسائي (٨ /٨٦، ٨٧) ، وابن ماجه (٢ /٨٦٥ رقم ٢٥٩٤) .
من حديث رافع بن خديج . وهو حديث صحيح لغيره .
انظر الإرواء (٨ /٧٢ -٧٣ رقم ٢٤١٤) .

للسارق فيه شبهة ملك واختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحد مما ليس بشبهة ، وهذا هو أيضًا أحد الشروط المشترطة في المسروق هو في ثلاثة مواضع : في جنسه ، وقدره ، وشروطه ، وستأتي هذه المسألة فيما بعد واختلفوا من هذا الباب ، أعني : من النظر في جنس المسروق في المصحف ، فقال مالك والشافعي : يقطع سارقه ، وقال أبو حنيفة : لا يقطع ، ولعل هذا من أبي حنيفة بناء على أنه لا يجوز بيعه ، أو أن لكل أحد فيه حقًا إذ ليس بمال . واختلفوا من هذا الباب فيمن سرق صغيرا مملوكًا أعجميًا ممن لا يفقه ولا يعقل الكلام ، فقال الجمهور : يقطع . وأما إن كان كبيرًا يفقه فقال مالك : يقطع ، وقال أبو حنيفة : لا يقطع . واختلفوا في الحر الصغير ، فعند مالك أن سارقه يقطع ، ولا يقطع عند أبي حنيفة ، وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك . واتفقوا كما قلنا أن شبهة الملك القوية تدرأ هذا الحد . واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ من ذلك مما لا يدرأ منها ، فمنها العبد يسرق مال سيده ، فإن الجمهور من العلماء على أنه لا يقطع ، وقال أبو ثور : يقطع ولم يشترط شرطًا ، وقال أهل الظاهر : يقطع إلا أن يأتمنه سيده . واشترط مالك في الخادم الذي يجب أن يدرأ عنه الحد أن يكون يلي الخدمة لسيده بنفسه ، والشافعي مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه . وبدرء الحد قال عمر رضي الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهما من الصحابة . ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر ، فقال مالك : إذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه ، وقال الشافعي : الاحتياط أن لا قطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال ، وقد روي عنه مثل قول مالك ، واختاره المزني . ومنها القرابات ، فمذهب مالك فيها أن لا يقطع الأب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله ﷺ : « أنت ومالك لأبيك »[1] ويقطع ما سواهم من القرابات ، وقال الشافعي : لا يقطع عمود النسب الأعلى

---

(١) تقدم تخريجه في كتاب القصاص في النفوس – القول في شروط القاتل .

والأسفل ، يعني : الأب والأجداد والأبناء وأبناء الأبناء ، وقال أبو حنيفة : لا يقطع ذو الرحم المحرمة ، وقال أبو ثور : تقطع يد كل من سرق إلا ما خصصه الإجماع . ومنها اختلافهم فيمن سرق من الغنم أو من بيت المال ، فقال مالك : يقطع ، وقال عبد الملك من أصحابه : لا يقطع . فهذا هو القول في الأشياء التي يجب بها ما يجب في هذه الجناية .

○ القول في الواجب ○

وأما الواجب في هذه الجناية إذا وجدت بالصفات التي ذكرنا ، أعني : الموجودة في السارق وفي الشيء المسروق وفي صفة السرقة ، فإنهم اتفقوا على أن الواجب فيه القطع من حيث هي جناية ، والغرم إذا لم يجب القطع . واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع ؟ فقال قوم : عليه الغرم مع القطع ، وبه قال الشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة ، وقال قوم : ليس عليه غرم إذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه ، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة ، وفرق مالك وأصحابه فقال : إن كان موسرًا أتبع السارق بقيمة المسروق ، وإن كان معسرًا لم يتبع به إذا أثرى ، واشترط مالك دوام اليسر إلى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم .

فعمدة من جمع بين الأمرين أنه اجتمع في السرقة حقان : حق لله ، وحق للآدمي ، فاقتضى كل حق موجبه ، وأيضًا فإنهم لما أجمعوا على أخذه منه إذا وجد بعينه ، لزم إذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون في ضمانه قياسًا على سائر الأموال الواجبة .

وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ قال : « لا يَغْرَمُ السَّارِقُ إِذَا أُقِيمَ عَلَيْهِ الحَدُّ » وهذا الحديث مضعف عند أهل الحديث قال أبو عمر : لأنه عندهم مقطوع ، قال : وقد وصله بعضهم وخرجه النسائي[1] والكوفيون يقولون : إن اجتماع حقين في حق واحد مخالف للأصول ،

---

(١) في السنن (٨ /٩٢ -٩٣ رقم ٤٩٨٤) وقال : « وهذا مرسل وليس بثابت » .

ويقولون : إن القطع هو بدل من الغرم ، ومن هنا يرون أنه إذا سرق شيئًا ما فقطع فيه ثم سرقه ثانيًا أنه لا يقطع فيه . وأما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس .
وأما القطع فالنظر في محله وفيمن سرق وقد عدم المحل . أما محل القطع فهو اليد اليمين باتفاق من الكوع ، وهو الذي عليه الجمهور ، وقال قوم : الأصابع فقط .
فأما إذا سرق من قد قطعت يده اليمنى في السرقة ، فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال أهل الحجاز والعراق : تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى ، وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين : تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ، ولا يقطع منه غير ذلك . واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى ، هل يقف القطع إن سرق ثالثة أم لا ؟ فقال سفيان وأبو حنيفة : يقف القطع في الرجل ، وإنما عليه في الثالثة الغرم فقط ، وقال مالك والشافعي : إن سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ، ثم إن سرق رابعة قطعت رجله اليمنى ، وكلا القولين مروي عن عمر وأبي بكر ، أعني : قول مالك وأبي حنيفة .

فعمدة من لم ير إلا قطع اليد قوله تعالى : ﴿ **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما** ﴾[1] ولم يذكر الأرجل إلا في المحاربين فقط . وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ما روي « أن النبي ﷺ أتى بعبد سرق فقطع يده اليمنى ، ثم الثانية فقطع رجله ، ثم أتي به في الثالثة فقطع يده اليسرى ، ثم أتي به في الرابعة فقطع رجله »[2] وروي هذا من حديث ....

---

(١) المائدة : الآية (٣٨) .
(٢) أخرجه أبو داود في المراسيل (رقم : ٢٤٧) .
عن الحارث بن عبد الله بن أبي ربيعة ، أن النبي ﷺ أُتي بسارقٍ ، فقيل : هو ليتامى من الأنصار ما لهم مالٌ غيره ، فتركه ثم الثانية ، فتركه ، ثم الثالثة ، فتركه ، ثم الرابعة ، فتركه ، ثم الخامسة ، فقطع يده ، ثم السادسة فقطع رِجْلَه ، ثم السابعة ، فقطع يدَه ثم الثامنة ، فقطع رجلَه ، ثم قال : « أربع بأربع » .
إسناده ضعيف لإرساله وجهالة عبد ربه بن أبي أمية .

جابر بن عبد الله[1] ، وفيه « ثم أخذه الخامسة فقتله » إلا أنه منكر عند أهل الحديث ، ويرده قوله ﷺ : « هُنَّ فَوَاحِشُ وَفِيهِنَّ عُقُوبَةٌ »[2] ولم يذكر قتلًا . وحديث ابن عباس[3] « أن النبي ﷺ قطع الرجل بعد اليد » وعند مالك أنه يؤدب في الخامسة ، فإذا ذهب محل القطع من غير سرقة بأن كانت اليد شلاء ، فقيل في المذهب : ينتقل القطع إلى اليد اليسرى ، وقيل : إلى الرجل . واختلف

= وأخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٠ /١٨٨ رقم ١٨٧٧٣) ، وابن أبي شيبة (٩ /٥١١) ، والبيهقي (٨ /٢٧٣) من طريق ابن جريج به .

(١) أخرجه أبو داود (٤ /٥٦٥ رقم ٤٤١٠) ، والنسائي (٨ /٩٠) ، والبيهقي (٨ /٢٧٢) .
وقال النسائي : « وهذا حديث منكر ، ومصعب بن ثابت ليس بالقوي في الحديث ، والله تعالى أعلم » .

(٢) أخرجه مالك (١ /١٦٧ رقم ٧٢) ، والشافعي في ترتيب المسند (١ /١٠٠ رقم ٢٩٢) عنه ، والبيهقي (٨ /٢٠٩ ، ٢١٠) من طريقه ، عن يحيى بن سعيد ، عن النعمان بن مرة : « أن رسول الله ﷺ قال : ما تقولون في الشارب والزاني والسارق »، – وذلك قبل أن تنزل الحدود – فقالوا : الله ورسوله أعلم ؟ فقال رسول الله ﷺ : « هن فَوَاحِشُ وفيهنَّ عقوبةٌ وأسوأ السرقة الذي يسرق صلاته ، قالوا : وكيف يسرق صلاته يا رسول الله ؟قال : لا يتم ركوعها ولا سجودها » . وهو مرسل .
وأخرجه البيهقي (٨ /٢٠٩) موصولاً من طريق عمر بن سعيد الدمشقي ، ثنا سعيد ابن بشير ، عن قتادة ، عن الحسن ، عن عمران بن حصين قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا رأيتم الزاني ، والسارق ، وشارب الخمر ما تقولون ؟ » قالوا : الله ورسوله أعلم ، قال : « هن فواحش وفيهن عقوبة .. » وذكر الحديث .
قال البيهقي : « تفرد به عمر بن سعيد الدمشقي وهو منكر الحديث ، وإنما يعرف من حديث النعمان بن مرة مرسلاً » .
وخلاصة القول : أن الحديث ضعيف .

(٣) لم أجده مرفوعاً . ولكن أخرجه سعيد بن منصور في سننه – كما في نصب الراية (٣ /٣٧٥) عن ابن عباس قال : شهدت عمر بن الخطاب قطع يداً بعد يدٍ ورجل . ومن طريق سعيد بن منصور أخرجه البيهقي (٨ /٢٧٤) .

في موضع القطع من القدم ، فقيل يقطع من المفصل الذي في أصل الساق ، وقيل يدخل الكعبان في القطع ، وقيل لا يدخلان ، وقيل إنها تقطع من المفصل الذي وسط القدم . واتفقوا على أن لصاحب السرقة أن يعفو عن السارق ما لم يرفع ذلك إلى الإمام لما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده[1] أن رسول الله ﷺ قال : « تَعافُوا الحُدُودَ بَيْنَكُمْ فَمَا بَلَغَنِي مِنْ حَدّ فَقَدْ وَجَبَ » وقوله ﷺ : « لَوْ كَانَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ محمَّدٍ لأَقَمْتُ عَلَيْها الحَدَّ »[2] وقوله لصفوان[3] « هلَّا كَانَ ذَلكَ قَبْلَ أنْ تاتِيَنِي بِهِ ؟ » . واختلفوا في السارق يسرق ما يجب فيه القطع فيرفع إلى الإمام وقد وهبه صاحب السرقة ما سرقه ، أو يهبه له بعد الرفع وقبل القطع ، فقال مالك والشافعي : عليه الحد ؛ لأنه قد رفع إلى الإمام ، وقال أبو حنيفة وطائفة : لا حد عليه .

فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله بن صفوان بن أمية أنه قيل له : « إن من لم يهاجر هلك ، فقدم صفوان بن أمية إلى المدينة ، فنام في المسجد وتوسد رداءه فجاء سارق فأخذ رداءه ، فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله ﷺ ، فأمر به رسول الله ﷺ أن تقطع يده ، فقال صفوان : لم أرد هذا يا رسول الله ، هو عليه صدقة ، فقال رسول الله ﷺ : فهلا قبل أن تأتيني به » .

---

(١) أخرجه أبو داود (٤ /٥٤٠ رقم ٤٣٧٦) ، والنسائي (٨ /٧٠) ، والحاكم (٤ /٣٨٣) ، والبيهقي (٨ /٣٣١) من رواية ابن جريج ، عن عمرو بن شعيب به . وقال الحاكم : صحيح الإسناد ووافقه الذهبي .

(٢) تقدم تخريجه قريباً في حديث المخزومية .

(٣) أخرجه الشافعي (٢ /٨٤ رقم ٢٧٨) ، وأحمد (٣ /٤٠١) ، وأبو داود (٤ /٥٥٣ رقم ٤٣٩٤) ، والنسائي (٨ /٦٩) ، وابن ماجه (٢ /٨٦٥ رقم ٢٥٩٥) ، والحاكم (٤ /٣٨٠) ، والبيهقي (٨ /٢٦٥) من طرق .
وهو حديث صحيح . صححه الألباني في الإرواء (رقم ٢٣١٧) .

○ القول فيما تثبت به السرقة ○

واتفقوا على أن السرقة تثبت بشاهدين عدلين ، وعلى أنها تثبت بإقرار الحر .

واختلفوا في إقرار العبد ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : إقراره على نفسه موجب لحده ، وليس يوجب عليه غرمًا ، وقال زفر : لا يجب إقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده لكونه مالًا لمولاه ، وبه قال شريح والشافعي وقتادة وجماعة ، وإن رجع عن الإقرار إلى شبهة قبل رجوعه . وإن رجع إلى غير شبهة فعن مالك في ذلك روايتان ، هكذا حكى البغداديون عن المذهب ، وللمتأخرين في ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض ، وإنما هو لائق بتفريع المذهب .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٦٧ - كتاب الحرابة □

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى : ﴿ **إنما جَزَاء الَّذِينَ يُحارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ** ﴾[١] الآية . وذلك أن هذه الآية عند الجمهور هي في المحاربين . وقال بعض الناس : إنها نزلت في النفر الذين ارتدوا في زمان النبي ﷺ واستاقوا الإبل ، فأمر بهم رسول الله ﷺ فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم[٢] ، والصحيح أنها في المحاربين لقوله تعالى : ﴿ **إلا الَّذِينَ تابُوا مِنْ قَبْلِ أنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِم** ﴾[٣] وليس عدم القدرة عليهم مشترطة في توبة الكفار فبقي أنها في المحاربين . والنظر في أصول هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب :

أحدها : النظر في الحرابة .

والثاني : النظر في المحارب .

والثالث : فيما يجب على المحارب .

(١) المائدة : الآية (٣٣) .

(٢) أخرج البخاري (١٢ /١٠٩ رقم ٦٨٣) ، ومسلم (٣ /١٢٩٦ رقم ٩ /١٦٧١) . من حديث أنس ، قال : قدم على النبي ﷺ نفر من عكل فأسلموا فاجتووا المدينة فأمرهم أن يأتوا إبلَ الصدقة فيشربوا من أبوالها وألبانها ، ففعلوا فصحُّوا ، فارتدُّوا ، وقتلوا رعاتها واستاقوا الإبل فبعث في آثارهم فأُتيَ بهم ، فقطع أيديهم وأرجُلهم وسمَلَ أعينهم ثم لم يحسمهم حتى ماتوا » .

(٣) المائدة : الآية (٣٤) .

والرابع : في مسقط الواجب عنه وهي التوبة .

والخامس : بماذا تثبت هذه الجناية .

○ الباب الأول ○

[في النظر في الحرابة]

فأما الحرابة ، فاتفقوا على أنها إشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر . واختلفوا فيمن حارب داخل المصر ، فقال مالك : داخل المصر وخارجه سواء ، واشترط الشافعي الشوكة ، وإن كان لم يشترط العدد ، وإنما معنى الشوكة عنده : قوة المغالبة ، ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران ؛ لأن المغالبة إنما تتأتى بالبعد عن العمران ، وكذلك يقول الشافعي : إنه إذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة في المصر كانت محاربة ، وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس ، وقال أبو حنيفة : لا تكون المحاربة في المصر .

○ الباب الثاني ○

[في النظر في المحارب]

فأما المحارب : فهو كل من كان دمه محقونًا قبل الحرابة ، وهو المسلم والـذمي .

○ الباب الثالث ○

[فيما يجب على المحارب]

أما ما يجب على المحارب ، فاتفقوا على أنه يجب عليه حق لله وحق للآدميين ، واتفقوا على أن حق الله هو القتل والصلب وقطع الأيدى وقطع الأرجل من خلاف ، والنفي على ما نص الله تعالى في آية الحرابة . واختلفوا في هذه العقوبات هل هي على التخيير أو مرتبة على قدر جناية المحارب ، فقال مالك : إن قتل فلابد من قتله ، وليس للإمام تخيير في قطعه ولا في نفيه ، وإنما التخيير في قتله أو صلبه ، وأما إن أخذ المال و لم يقتل فلا تخيير في نفيه ، وإنما التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف . وأما إذا أخاف السبيل فقط فالإمام عنده مخير في قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه ومعنى التخيير عنده أن الأمر راجع في ذلك إلى اجتهاد الإمام ، فإن كان المحارب ممن له الرأي والتدبير ، فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه ؛ لأن القطع لا يرفع ضرره . وإن كان لا رأي له وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف . وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو الضرب والنفي . وذهب الشافعي وأبوحنيفة وجماعة من العلماء إلى أن هذه العقوبة هي مرتبة على الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها عليه ، فلا يقتل من المحاربين إلا من قتل ، ولا يقطع إلا من أخذ المال ، ولا ينفي إلا من لم يأخذ المال ولا قتل ، وقال قوم : بل الإمام مخير فيهم على الإطلاق ، وسواء قتل أو لم يقتل ، أخذ المال أو لم يأخذه .

وسبب الخلاف هل حرف « أو » في الآية للتخيير أو للتفصيل على حسب جناياتهم ؟ ومالك حمل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير .

واختلفوا في معنى قوله ﴿ **أو يصلبوا** ﴾ فقال قوم : إنه يصلب حتى يموت جوعًا ؛ وقال قوم : بل معنى ذلك أنه يقتل ويصلب معًا ، وهؤلاء منهم من قال : يقتل أولا ثم يصلب ، وهو قول أشهب ، وقيل : إنه يصلب حيًا ثم يقتل في الخشبة ، وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ، ومن رأى أنه يقتل أولا ثم يصلب صلي عنده قبل الصلب ، ومن رأى أنه يقتل في الخشبة فقال بعضهم : لا يصلى عليه تنكيلًا له ، وقيل يقف خلف الخشبة ويصلى عليه ، وقال سحنون : إذا قتل في الخشبة أنزل منها وصلي عليه . وهل يعاد إلى الخشبة بعد الصلاة ؛ فيه قولان عنه ، وذهب أبو حنيفة وأصحابه أنه لا يبقى على الخشبة أكثر من ثلاثة أيام .
وأما قوله ﴿ **أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف** ﴾ فمعناه : أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ، ثم إن عاد قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى . واختلف إذا لم تكن له اليمنى ، فقال ابن القاسم : تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى ، وقال أشهب : تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى . واختلف أيضًا في قوله أو ينفوا من الأرض ، فقيل : إن النفي هو السجن ، وقيل : إن النفي هو أن ينفى من بلد إلى بلد فيسجن فيه إلى أن تظهر توبته ، وهو قول ابن القاسم عن مالك ، ويكون بين البلدين أقل ما تقصر فيه الصلاة ، والقولان عن مالك ، وبالأول قال أبو حنيفة ، وقال ابن الماجشون : معنى النفي هو فرارهم من الإمام لإقامة الحد عليهم ، فأما أن ينفى بعد أن يقدر عليه فلا ، وقال الشافعي : أما النفي فغير مقصود ، ولكن إن هربوا شردناهم في البلاد بالاتباع ، وقيل : هي عقوبة مقصودة ، فقيل على هذا : ينفي ويسجن دائما ، وكلها عن الشافعي ، وقيل : معنى أو ينفوا ، أي : من أرض الإسلام إلى أرض الحرب . والذي يظهر هو أن النفي تغريبهم عن وطنهم لقوله تعالى : ﴿ **وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنا عَلَيْهِمْ أَنِ اقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ أَوِ اخْرُجُوا مِنْ دِيارِكُمْ** ﴾[1] الآية . فسوى بين النفي والقتل وهي

---

(١) النساء : الآية (٦٦) .

عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل ، وكل ما يقال فيه سوى هذا فليس معروفًا لا بالعادة ولا بالعرف .

○ الباب الرابع ○

[في مسقط الواجب عنه من التوبة]

وأما ما يسقط الحق الواجب عليه ، فإن الأصل فيه قوله تعالى : ﴿ **إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيهِمْ** ﴾[1] واختلف من ذلك في أربعة مواضع :

أحدها : هل تقبل توبته ؟.

والثاني : إن قبلت فما صفة المحارب الذي تقبل توبته ؟

فإن لأهل العلم في ذلك قولين : قول إنه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى : ﴿ **إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم** ﴾[1] وقول : إنه لا تقبل توبته ، قال ذلك من قال : إن الآية لم تنزل في المحاربين . وأما صفة التوبة التي تسقط الحكم فإنهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن توبته تكون بوجهين : أحدهما : أن يترك ما هو عليه وإن لم يأت الإمام ، والثاني : أن يلقي سلاحه ويأتي الإمام طائعا ، وهو مذهب ابن القاسم .

والقول الثاني : أن توبته إنما تكون بأن يترك ما هو عليه ويجلس في موضعه ويظهر لجيرانه ، وإن أتى الإمام قبل أن تظهر توبته أقام عليه الحد ، وهذا هو قول ابن الماجشون .

والقول الثالث : إن توبته إنما تكون بالمجيء إلى الإمام ، وإن ترك ماهو عليه لم يسقط ذلك عنه حكمًا من الأحكام إن أخذ قبل أن يأتي الإمام .

---

(١) المائدة : الآية (٣٤) .

وتحصيل ذلك هو أن توبته قيل : إنها تكون بأن يأتي الإمام قبل أن يُقدر عليه ، وقيل : إنها إنما تكون إذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط ، وقيل : تكون بالأمرين جميعًا .

وأما صفة المحارب الذي تقبل توبته ، فإنهم اختلفوا فيها أيضًا على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن يلحق بدار الحرب .

والثاني : والثاني أن تكون له فئة .

والثالث : كيفما كانت له فئة أو لم تكن لحق بدار الحرب أو لم يلحق .

واختلف في المحارب إذا امتنع فأمنه الإمام على أن ينزل ، فقيل : له الأمان ويسقط عنه حد الحرابة ، وقيل : لا أمان له ؛ لأنه إنما يؤمن المشرك .

وأما ما تسقط عنه التوبة ، فاختلفوا في ذلك على أربعة أقوال :

أحدها : أن التوبة إنما تسقط عنه حد الحرابة فقط ، ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين ، وهو قول مالك .

والقول الثاني : إن التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنا والشراب والقطع في السرقة ، ويتبع بحقوق الناس من الأموال والدماء إلا أن يعفوا أولياء المقتول .

والثالث : أن التوبة ترفع جميع حقوق الله ، ويؤخذ بالدماء وفي الأموال بما وجد بعينه في أيديهم ولا تتبع ذممهم .

والقول الرابع : إن التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الآدميين من مال ودم إلا ما كان من الأموال قائم العين بيده .

○ الباب الخامس ○

[بماذا تثبت هذه الجناية]

وأما بماذا يثبت هذا الحد ؟ فبالإقرار والشهادة ، ومالك يقبل شهادة المسلوبين على الذين سلبوهم ، وقال الشافعي : تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم إذا لم يدعوا لأنفسهم ولا لرفقائهم مالاً أخذوه ، وتثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع .

○ فصل في حكم المحاربين على التأويل ○

وأما حكم المحاربين على التأويل ، فإن محاربهم الإمام ، فإذا قدر على واحد منهم لم يقتل إلا إذا كانت الحرب قائمة ، فإن مالكًا قال : إن للإمام أن يقتله إن رأى ذلك لما يخاف من عونه لأصحابه على المسلمين . وأما إذا أسر بعد انقضاء الحرب ، فإن حكمه حكم البدعي الذي لا يدعو إلى بدعته ، قيل : يستتاب فإن تاب وإلا قتل ، وقيل : يستتاب ، فإن لم يتب يؤدب ولا يقتل ، وأكثر أهل البدع إنما يكفَّرون بالمآل . واختلف قول مالك في التكفير بالمآل ومعنى التكفير بالمآل : أنهم لا يصرحون بقول هو كفر ، ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يعتقدون ذلك اللزوم . وأما ما يلزم هؤلاء من الحقوق إذا ظفر بهم، فحكمهم إذا تابوا أن لا يقام عليهم حد الحرابة ، ولا يؤخذ منهم ما أخذوا من المال إلا أن يوجد بيده فيرد إلى ربه . وإنما اختلفوا هل يقتل قصاصًا بمن قتل ؟ فقيل : يقتل ، وهو قول عطاء وأصبغ ، وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك : لا يقتل ، وبه قال الجمهور ؛ لأن كل من قاتل على التأويل فليس بكافر بتَّةً ، أصله قتال الصحابة ، وكذلك الكافر بالحقيقة هو المكذب لا المتأول .

○ باب في حكم المرتد ○

والمرتد إذا ظفر به قبل أن يحارب ، فاتفقوا على أنه يقتل الرجل لقوله ﷺ : « مَنْ بَدَّلَ دينه فاقْتُلُوهُ »[1] واختلفوا في قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل ؟ فقال الجمهور : تقتل المرأة ؛ وقال أبو حنيفة : لا تقتل وشبهها بالكافرة الأصلية ، والجمهور اعتمدوا العموم الوارد في ذلك ، وشَذَّ قوم فقالوا : تقتل وإن راجعت الإسلام ، وأما الاستتابة فإن مالكًا شرط في قتله ذلك على ما رواه عن عمر ، وقول قوم : لا تقبل توبته . وأما إذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فإنه يقتل بالحرابة ولا يستتاب ، كانت حرابته بدار الإسلام أو بعد أن لحق بدار الحرب ، إلا أن يسلم . وأما إذا أسلم المرتد المحارب بعد أن أخذ أو قبل أن يؤخذ ، فإنه يختلف في حكمه ، فإن كانت حرابته في دار الحرب فهو عند مالك كالحربي يسلم لاتباعه عليه في شيء مما فعل في حال ارتداده . وأما إن كانت حرابته في دار الإسلام ، فإنه يسقط إسلامه عنه حكم الحرابة خاصة ، وحكمه فيما جنى حكم المرتد إذا جنى في ردته في دار الإسلام ثم أسلم ، وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال : حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية ، وقال : حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم . وقد اختلف في هذا الباب في حكم الساحر، فقال مالك : يقتل كفرًا ، وقال قوم : لا يقتل ، والأصل أن لا يقتل إلا مع الكفر .

---

(١) أخرجه البخاري (٦ /١٤٩ رقم ٣٠١٧) ، وأبو داود (٤ /٥٢٠ رقم ٤٣٥١) ، والترمذي (٤ /٥٩ رقم ١٤٥٨) ، والنسائي (٧ /١٠٤) ، وابن ماجه (٢ /٨٤٨ رقم ٢٥٣٥) ، وأحمد (١ /٢١٧، ٢٨٢) ، وابن أبي شيبة (١٠ /١٣٩ رقم ٩٠٤١) ، وعبد الرزاق في المصنف (١٠ /١٦٨ رقم ١٨٧٠٦) ، وغيرهم .
من حديث ابن عباس ، وفي الباب : عن غيره .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٦٨ - كتاب الأقضية □

وأصول هذا الكتاب تنحصر في ستة أبواب :

أحدها : في معرفة من يجوز قضاؤه .

والثاني : في معرفة ما يقضى به .

والثالث : في معرفة ما يقضى فيه .

والرابع : في معرفة من يقضى عليه أو له .

والخامس : في كيفية القضاء .

والسادس : في وقت القضاء .



○ الباب الأول ○

[في معرفة من يجوز قضاؤه]

والنظر في هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه ، وفيما يكون به أفضل . فأما الصفات المشترطة في الجواز : فأن يكون حرًا مسلمًا بالغًا ذكرًا عاقلًا عدلًا . وقد قيل في المذهب : إن الفسق يوجب العزل ويمضي ما حكم به . واختلفوا في كونه من أهل الاجتهاد ، فقال الشافعي : يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب ، وقال أبو حنيفة : يجوز حكم العامي . قال القاضي : وهو ظاهر ما حكاه جدي رحمة الله عليه في المقدمات عن المذهب ؛ لأنه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة . وكذلك اختلفوا في اشتراط الذكورة ، فقال الجمهور : هي شرط في صحة الحكم ، وقال أبو حنيفة : يجوز أن تكون المرأة قاضيًا في الأموال ، قال الطبري : يجوز أن تكون المرأة حاكمًا على الإطلاق في كل شيء ، قال عبد الوهاب : ولا أعلم بينهم اختلافًا في اشتراط الحرية ، فمن رد قضاء المرأة شبهه بقضاء الإمامة الكبرى ، وقاسها أيضًا على العبد لنقصان حرمتها ، ومن أجاز حكمها في الأموال فتشبيها بجواز شهادتها في الأموال ، ومن رأى حكمها نافذًا في كل شيء قال : إن الأصل هو أن كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز إلا ماخصصه الإجماع من الإمامة الكبرى . وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ، ولا خلاف في مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشترطة في استمرار ولايته وليس شرطًا في جواز ولايته ، وذلك أن من صفات القاضي في المذهب ما هي شرط في الجواز ، فهذا إذا ولي عزل وفسخ جميع ما حكم به ، ومنها ماهي شرط في الاستمرار وليست شرطًا

في الجواز ، فهذا إذا ولي القضاء عزل ونفذ ما حكم به إلا أن يكون جورًا . ومن هذا الجنس عندهم هذه الثلاث صفات . ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحدًا . والشافعي يجيز أن يكون في المصر قاضيان اثنان إذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه ، وإن شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجز ، وإن شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان : الجواز ، والمنع ، قال : وإذا تنازع الخصمان في اختيار أحدهما وجب أن يقترعا عنده . وأما فضائل القضاء فكثيرة ، وقد ذكرها الناس في كتبهم . وقد اختلفوا في الأمي هل يجوز أن يكون قاضيًا ؟ والأبين جوازه لكونه ﷺ أميًا ، وقال قوم : لا يجوز ، وعن الشافعي القولان جميعًا ؛ لأنه يحتمل أن يكون ذلك خاصًا به لموضع العجز ، ولا خلاف في جواز حكم الإمام الأعظم وتوليته للقاضي شرط في صحة قضائه لا خلاف أعرف فيه . واختلفوا من هذا الباب في نفوذ حكم من رضيه المتداعيان ممن ليس بوال على الأحكام ، فقال مالك : يجوز ، وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يجوز ، وقال أبو حنيفة : يجوز إذا وافق حكمه حكم قاضي البلد .

○ الباب الثاني ○

[في معرفة ما يقضي به]

وأما فيما يحكم ، فاتفقوا أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق كان حقًا لله أو حقًا للآدميين ، وأنه نائب عن الإمام الأعظم في هذا المعنى ، وأنه يعقد الأنكحة ويقدم الأوصياء ، وهل يقدم الأئمة في المساجد الجامعة ؟ فيه خلاف ، وكذلك هل يستخلف ؟ فيه خلاف في المرض والسفر إلا أن يؤذن له ، وليس ينظر في الجباة ولا في غير ذلك من الولاة ، وينظر في التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم . ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم نحلة للمحكوم له به ، وإن لم يكن في نفسه حلالًا ، وذلك أنهم أجمعوا على أن حكم الحاكم الظاهر الذي يعتريه لا يحلّ حراما ولا يحرم حلالا ، وذلك في الأموال خاصة لقوله ﷺ : « إِنَّمَا أنا بَشَرٌ وإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْض فأَقْضِي لَهُ عَلى نَحْوِ ما أَسْمَعُ مِنْهُ ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقّ أَخِيهِ فَلا يأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا ، فإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ »[1] واختلفوا في حل عصمة النكاح أو عقده بالظاهر الذي يظن الحاكم أنه حق وليس بحق ، إذ لا يحل حرام ، ولا يحرم حلالٌ بظاهر حكم الحاكم دون أن يكون الباطن كذلك ، هل يحل ذلك أم لا ؟ فقال الجمهور : الأموال والفروج

(١) أخرجه البخاري (١٢ /٣٣٩ رقم ٦٩٦٧) ، ومسلم (٣ /١٣٣٧ رقم ٤ /١٧١٣)، وأبو داود (٤ /١٢ رقم ٣٥٨٣) ، والترمذي (٣ /٦٢٤ رقم ١٣٣٩) ، والنسائي (٨ /٢٣٣ رقم ٥٤٠١) ، وابن ماجه (٢ /٧٧٧ رقم ٢٣١٧) ، وأحمد (٦ /٣٢٠) ، ومالك (٢ /٧١٩ رقم ١) وغيرهم من حديث أم سلمة رضي الله عنها .

في ذلك سواء ، لا يحل حكم الحاكم منها حرامًا ولا يحرم حلالًا ، وذلك مثل أن يشهد شاهدًا زورًا في امرأة أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبي ليست له بزوجة ، فقال الجمهور : لا تحل له وإن أحلها الحاكم بظاهر الحكم ، وقال أبو حنيفة وجمهور أصحابه : تحل له .

فعمدة الجمهور عموم الحديث المتقدم ، وشبهة الحنفية أن الحكم باللعان ثابت بالشرع ، وقد علم أن أحد المتلاعنين كاذب ، واللعان يوجب الفرقة ، ويحرِّم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحلها لغيره ، فإن كان هو الكاذب فلم تحرم عليه إلا بحكم الحاكم ، وكذلك إن كانت هي الكاذبة ؛ لأن زناها لا يوجب فرقتها على قول أكثر الفقهاء ، والجمهور أن الفرقة هاهنا إنما وقعت عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب .

○ الباب الثالث ○

[فيما يكون به القضاء]

والقضاء يكون بأربع : بالشهادة ، وباليمين ، وبالنكول ، وبالإقرار ، أو بما تركب من هذه . ففي هذا الباب أربعة فصول .

○ الفصل الأول ○

[في الشهادة]

والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء : في الصفة ، والجنس ، والعدد . فأما عدد الصفات المعتبرة في قبول الشاهد بالجملة فهى خمسة : العدالة ، والبلوغ ، والإسلام ، والحرية ، ونفي التهمة . وهذه منها متفق عليها ، ومنها مختلف فيها .

أما العدالة ، فإن المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى : ﴿ **مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ** ﴾[1] ولقوله تعالى : ﴿ **وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُم** ﴾[2] واختلفوا فيما هي العدالة ، فقال الجمهور : هي صفة زائدة على الإسلام ، وهو أن يكون ملتزمًا لواجبات الشرع ومستحباته ، مجنبًا للمحرمات والمكروهات ، وقال أبو حنيفة : يكفي في العدالة ظاهر الإسلام ، وأن لا تعلم منه جرحة .

وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق ، وذلك أنهم اتفقوا على أن شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى : ﴿ **يأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إن جاءَكم فاسِقٌ بِنَبَإٍ** ﴾[3] الآية . ولم يختلفوا أن الفاسق تقبل شهادته إذا عرفت توبته ، إلا من كان فسقه من قبل القذف ، فإن أبا حنيفة يقول : لا تقبل شهادته وإن تاب . والجمهور يقولون : تقبل .

---

(١) البقرة : الآية (٢٨٢) .

(٢) الطلاق : الآية (٢) .

(٣) الحجرات : الآية (٦) .

وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى : ﴿ **ولا تَقْبلُوا لهُمْ شَهادَةً أبدًا وأُولَئِكَ هُمُ الفاسِقُونَ . إلَّا الَّذينَ تابُوا مِن بَعْدِ ذلكَ** ﴾[1] إلى أقرب مذكور إليه ، أو على الجملة إلا ما خصصه الإجماع ، وهو أن التوبة لا تسقط عنه الحد ، وقد تقدم هذا . وأما البلوغ فإنهم اتفقوا على أنه يشترط حيث تشترط العدالة . واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل ، فردها جمهور فقهاء الأمصار لما قلناه من وقوع الإجماع على أن من شرط الشهادة العدالة ، ومن شرط العدالة البلوغ ، ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك ، وإنما هي قرينة حال ، ولذلك اشترط فيها أن لا يتفرقوا لئلا يجبنوا . واختلف أصحاب مالك هل تجوز إذا كان بينهم كبير أم لا ؟ ولم يختلفوا أنه يشترط فيها العدة المشترطة في الشهادة ، واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا ؟ واختلفوا أيضًا هل تجوز في القتل الواقع بينهم ؟ ولا عمدة لمالك في هذا إلا أنه مروي عن ابن الزبير . قال الشافعي : فإذا احتج محتج بهذا قيل له : إن ابن عباس قد ردها ، والقرآن يدل على بطلانها ، وقال بقول مالك ابن أبي ليلى وقوم من التابعين ، وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة . وأما الإسلام فاتفقوا على أنه شرط في القبول ، وأنه لا تجوز شهادة الكافر ، إلا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى : ﴿ **يـأيُّهـا الَّذينَ آمَنُوا شَهادَةُ بَيْنِكُم إذَا حَضَرَ أحَدَكُمُ المَوتُ حينَ الوَصيَّةِ اثْنانِ ذَوَا عَدلٍ مِنْكُم أو آخَرَانِ مِن غَيْرِكُم** ﴾[2] الآية . فقال أبو حنيفة : يجوز ذلك على الشروط التي ذكرها الله ، وقال مالك والشافعي : لا يجوز ذلك ، ورأوا أن الآية منسوخة .

وأما الحرية فإن جمهور فقهاء الأمصار على اشتراطها في قبول الشهادة ، وقال أهل الظاهر : تجوز شهادة العبد ؛ لأن الأصل إنما هو اشتراط العدالة ،

---

(١) النور : الآية (٤، ٥) .

(٢) المائدة : الآية (١٠٦) .

والعبودية ليس لها تأثير في الرد ، إلا أن يثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو إجماع ، وكأن الجمهور رأوا أن العبودية أثر من أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير في رد الشهادة ، وأما التهمة التي سببها المحبة ، فإن العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة في إسقاط الشهادة . واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو البغضة التي سببها العداوة الدنيوية ، فقال بردها فقهاء الأمصار ، إلا أنهم اتفقوا في مواضع على إعمال التهمة ، وفي مواضع على إسقاطها ، وفي مواضع اختلفوا فيها ، فأعملها بعضهم وأسقطها بعضهم . فمما اتفقوا عليه رد شهادة الأب لابنه والابن لأبيه ، وكذلك الأم لابنها وابنها لها . ومما اختلفوا في تأثير التهمة في شهادتهم شهادة الزوجين أحدهما للآخر ، فإن مالكًا ردها وأبا حنيفة ، وأجازها الشافعي وأبو ثور والحسن ، وقال ابن أبي ليلى : تقبل شهادة الزوج لزوجه ولا تقبل شهادتها له ، وبه قال النخعي . ومما اتفقوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الأخ لأخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عارًا على ما قال مالك ، وما لم يكن منقطعًا إلى أخيه يناله بره وصلته ، ما عدا الأوزاعي فإنه قال : لا تجوز . ومن هذا الباب اختلافهم في قبول شهادة العدو على عدوه ، فقال مالك والشافعي : لا تقبل ، وقال أبو حنيفة : تقبل .

فعمدة الجمهور في رد الشهادة بالتهمة ما روي عنه ﷺ أنه قال : « لا تُقْبَلُ شَهادَةُ خَصْمٍ ولا ظَنِينٍ »[1] وما خرجه ....

---

(1) ● أخرج أبو داود في المراسيل (رقم ٣٩٦) ، والبيهقي (١٠ /٢٠١) من حديث طلحة بن عبد الله بن عوف مرسلاً ، أن رسول الله ﷺ بعث منادياً حتى انتهى إلى الثنية أن لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ، واليمين على المدعى عليه ، لفظ البيهقي . ولفظ أبي داود : أن رسول الله ﷺ قال : « لا شهادة ، لخَصْمٍ وظنين » قلت : رجاله ثقات رجال الشيخين غير محمد بن زيد بن المهاجر ، فهو من رجال مسلم .
● وأخرج أبو داود في المراسيل (رقم ٣٩٧) ، والبيهقي (١٠ /٢٠١) من مرسل الأعرج ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تجوز شهادة ذي الظِنة والحِنة » أي الذي =

أبو داود[1] من قوله ﷺ : « لا تُقْبَلُ شَهادَةُ بَدَوِيٍّ عَلَى حَضَرِيٍّ » لقلة شهود البدوي ما يقع في المصر ، فهذه هي عمدتهم من طريق السماع . وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة ، وقد أجمع الجمهور على تأثيرها في الأحكام الشرعية مثل اجتماعهم على أنه لا يرث القاتل المقتول ، وعلى توريث المبتوتة في المرض وإن كان فيه خلاف . وأما الطائفة

= يكون بينك وبينه عداوة .

● وأخرج الحاكم (٤ /٩٩) ، والبيهقي (١٠ /٢٠١) من حديث أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تجوز شهادة ذي الظنة ولا ذي الحنة » قال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ، وأقره الذهبي .

● وأخرج عبد الرزاق (٨ /٣٢٠ رقم ١٥٣٦٤) ، وأحمد (٢ /١٨١ ، ٢٠٤) ، وأبو داود (٤ /٢٤ رقم ٣٦٠٠) ، وابن ماجه (٢ /٧٩٢ رقم ٢٣٦٦) ، والبيهقي (١٠ /٢٠٠) من حديث عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود في الإسلام ، ولا ذي غمر على أخيه » يعني : حقداً على أخيه ، لفظ ابن ماجه ، ولفظ الباقين : « أن النبي ﷺ ردَّ شهادة الخائن والخائنة » .

زاد أبو داود : (٤ /٢٥ رقم ٣٦٠١) في رواية : « والزاني والزانية وذي الغمر على أخيه ، ورد شهادة القانع لأهل البيت ، وأجازها لغيرهم » وسنده قوي .

وعند الترمذي (٤ /٥٤٥ رقم ٢٢٩٨) ، والدارقطني (٤ /٢٤٤ رقم ١٤٥) ، والبيهقي (١٠ /٢٠٢) من حديث عائشة نحوه مطولاً ، وسنده ضعيف .

● الغِمر : الحقد .

● القانع : الخادم والتابع .

(١) في السنن (٤ /٢٦ رقم ٣٦٠٢) . لكن ليس بهذا اللفظ .

قلت : وأخرجه ابن ماجه (٢ /٧٩٣ رقم ٢٣٦٧) ، والحاكم (٤ /٩٩) ، والبيهقي (١٠ /٢٥٠) .

من حديث أبي هريرة أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : « لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية » .

وهو حديث صحيح ، وقد صححه الألباني في الإرواء (٨ /٢٨٩ رقم ٢٦٧٤) .

الثانية وهم شريح وأبو ثور وداود فإنهم قالوا : تقبل شهادة الأب لابنه فضلًا عمن سواه إذا كان الأب عدلًا . وعمدتهم قوله تعالى : ﴿ **يٰأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّٰهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ** ﴾[1] والأمر بالشيء يقتضي إجزاء المأمور به إلا ما خصصه الإجماع من شهادة المرء لنفسه . وأما من طريق النظر ، فإن لهم أن يقولوا رد الشهادة بالجملة إنما هو لموضع اتهام الكذب ، وهذه التهمة إنما اعتملها الشرع في الفاسق ومنع إعمالها في العادل ، فلا تجتمع العدالة مع التهمة . وأما النظر في العدد والجنس ، فإن المسلمين اتفقوا على أنه لا يثبت الزنا بأقل من أربعة عدول ذكور ، واتفقوا على أنه تثبت جميع الحقوق ما عدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ما خلا الحسن البصري ، فإنه قال : لا تقبل بأقل من أربعة شهداء تشبيها بالرجم ، وهذا ضعيف لقوله سبحانه : ﴿ **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ** ﴾[2] وكل متفق أن الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعى ، إلا ابن أبي ليلى فإنه قال : لابد من يمينه . واتفقوا على أنه تثبت الأموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى : ﴿ **فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ** ﴾[3] واختلفوا في قبولهما في الحدود ، فالذي عليه الجمهور أنه لا تقبل شهادة النساء في الحدود لا مع رجل ولا مفردات ، وقال أهل الظاهر : تقبل إذا كان معهن رجل وكان النساء أكثر من واحدة في كل شيء على ظاهر الآية ، وقال أبو حنيفة : تقبل في الأموال وفيما عدا الحدود من أحكام الأبدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق ، ولا تقبل عند مالك في حكم من أحكام البدن . واختلف أصحاب مالك في قبولهن في حقوق الأبدان المتعلقة بالمال ، مثل الوكالات والوصية التي لا تتعلق

---

(١) النساء : الآية (١٣٥) .

(٢) البقرة : الآية (٢٨٢) .

(٣) البقرة : الآية (٢٨٢) .

إلا بالمال فقط ، فقال مالك وابن القاسم وابن وهب : يقبل فيه شاهد وامرأتان ، وقال أشهب وابن الماجشون : لا يقبل فيه إلا رجلان . وأما شهادة النساء مفردات ، أعني : النساء دون الرجال فهي مقبولة عند الجمهور في حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالبًا مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء . ولا خلاف في شيء من هذا إلا في الرضاع ، فإن أبا حنيفة قال : لا تقبل فيه شهادتهن إلا مع الرجال ؛ لأنه عنده من حقوق الأبدان التي يطلع عليها الرجال والنساء . والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات في هذا الجنس اختلفوا في العدد المشترط في ذلك منهن ، فقال مالك : يكفي في ذلك امرأتان ، قيل : مع انتشار الأمر ، وقيل : إن لم ينتشر ، وقال الشافعي : ليس يكفي في ذلك أقل من أربع ؛ لأن الله عز وجل قد جعل عديل الشاهد الواحد امرأتين ، واشترط الاثنينية ، وقال قوم : لا يكتفى بذلك بأقل من ثلاث وهو قول لامعنى له ، وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة ، وأحسب أن الظاهرية أو بعضهم لا يجيزون شهادة النساء مفردات في كل شيء كما يجيزون شهادتهن مع الرجال في كل شيء وهو الظاهر . وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع ، فإنهم أيضًا اختلفوا فيها لقوله ﷺ في المرأة الواحدة التي شهدت بالرضاع : « كَيْفَ وَقَدْ أَرْضَعَتْكُما »[1] وهذا ظاهره الإنكار ، ولذلك لم يختلف قول مالك في أنه مكروه .

(١) تقدم تخريجه في الرضاع بلفظ : وكيف وقد قيل : دعها عنك .

○ الفصل الثاني ○

وأما الأيمان ، فإنهم اتفقوا على أنها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه إذا لم تكن للمدعي بينة . واختلفوا هل يثبت بها حق المدعي ، فقال مالك : يثبت بها حق المدعي في إثبات ما أنكره المدعى عليه وإبطال ما ثبت عليه من الحقوق إذا ادعى الذي ثبت عليه إسقاطه في الموضع الذي يكون المدعي أقوى سبباً وشبهة من المدعى عليه ، وقال غيره : لا تثبت للمدعي باليمين دعوى سواء كانت في إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه . أو إثبات حق أنكره فيه خصمه .

وسبب اختلافهم ترددهم في مفهوم قوله ﷺ : « البَيِّنَةُ عَلى مَنِ ادَّعى واليَمِيْنُ عَلى مَنْ أنْكَرَ »[1] هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدع ، أم إنما خص المدعي بالبينة والمدعى عليه باليمين ؛ لأن المدعي في الأكثر هو أضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه ؟ فمن قال : هذا الحكم عام في كل مدع ومدعى عليه و لم يرد بهذا العموم خصوصاً قال : لا يثبت باليمين حق ، ولا يسقط

---

(١) أخرج البيهقي بإسناد صحيح (١٠ /٢٥٢) من حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « .. ولكن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » .
وأخرج البخاري (٨/٢١٣ رقم ٤٥٥٢) ، ومسلم (٣/١٣٣٦ رقم ١/١٧١١) ، وأبو داود (٤ /٤٠ رقم ٣٦١٩) ، والترمذي (٣ /٦٢٦ رقم ١٣٤٢) ، والنسائي (٨ /٢٤٨) ، وابن ماجه (٢ /٧٧٨ رقم ٢٣٢١) وغيرهم .
عن ابن عباس أيضاً ؛ أن النبي ﷺ قال : « ... ولكن اليمين على المدعىٰ عليه » .
● وفي الباب : عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، وأبي هريرة ، وعمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر ، وعمران بن حصين ، وزيد بن ثابت ، وبرة بنت أبي تجرأة .
انظر تخريج أحاديثهم في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » . جزء الخصومة .

به حق ثبت ، ومن قال : إنما خص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شبهة قال : إذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعي أقوى ، يكون القول قوله ، واحتج هؤلاء بالمواضع التى اتفق الجمهور فيها على أن القول فيها قول المدعي مع يمينه ، مثل دعوى التلف في الوديعة وغير ذلك إن وجد شيء بهذه الصفة ، ولأولئك أن يقولوا : الأصل ما ذكرنا إلا ما خصصه الاتفاق ، وكلهم مجمعون على أن اليمين التي تسقط الدعوى أو تثبتها هي اليمين بالله ، الذي لا إله إلا هو ، وأقاويل فقهاء الأمصار في صفتها متقاربة ، وهي عند مالك : بالله الذي لا إله إلا هو ، لا يزيد عليها ، ويزيد الشافعي الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية . وأما هل تغلظ بالمكان ؟ فإنهم اختلفوا في ذلك ، فذهب مالك إلى أنها تغلظ بالمكان وذلك في قدر مخصوص وكذلك الشافعي . واختلفوا في القدر ، فقال مالك : إن من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعداً وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع ، فإن كان مسجد النبي ﷺ ، فلا خلاف أنه يحلف على المنبر ، وإن كان في غيره من المساجد ففي ذلك روايتان :

إحداهما : حيث اتفق من المسجد ، **والأخرى** : عند المنبر . وروى عنه ابن القاسم أنه يحلف فيما له بال في الجامع ولم يحدد وقال الشافعي : يحلف في المدينة عند المنبر ، وفي مكة بين الركن والمقام ، وكذلك عنده في كل بلد يحلف عند المنبر ، والنصاب عنده في ذلك عشرون ديناراً ، وقال داود : يحلف على المنبر في القليل والكثير ، وقال أبو حنيفة : لا تغلظ اليمين بالمكان .

وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد في الحلف على منبر النبي ﷺ يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا ؟ فمن قال إنه يفهم منه ذلك قال : لأنه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ، ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال : لا يجب الحلف على المنبر . والحديث

الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبد الله الأنصاري[1] أن رسول الله ﷺ قال : « مَنْ حَلَفَ عَلى مِنْبَرِي آثِما تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ » واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا : هو عمل الخلفاء ، قال الشافعي : لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة . قالوا : ولو كان التغليظ لا يفهم منه إيجاب اليمين في الموضع المغلظ لم يكن له فائدة إلا تجنب اليمين في ذلك الموضع . قالوا : وكما أن التغليظ الوارد في اليمين مجرداً مثل قوله ﷺ : « مَنِ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسلِمٍ بيمينهِ حَرَّمَ اللّٰهُ عَلَيْهِ الجنَةَ وأوْجَبَ لَهُ النَّارَ »[2] يفهم منه وجوب القضاء باليمين ، وكذلك التغليظ الوارد في المكان . وقال الفريق الآخر : لا يفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين ، وإذ لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان وليس فيه إجماع من الصحابة ، والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت ، وتغلظ بالمكان عند مالك في القسامة واللعان ، وكذلك بالزمان ؛ لأنه قال في اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على

---

(١) أخرجه مالك (٢ /٧٢٧ رقم ١٠) واللفظ له ، والحاكم (٤ /٢٩٦ -٢٩٧) ، والبيهقي (١٠ /١٧٦) ، وأحمد (٣ /٣٤٤) ، وأبو داود (٣ /٥٦٧ رقم ٣٢٤٦) ، وابن ماجه (٢ /٧٧٩ رقم ٢٣٢٥) . وهو حديث صحيح . صححه الألباني في الإرواء (رقم ٢٦٩٧) .

● وأخرج أحمد (٢ /٣٢٩، ٥١٨) ، وابن ماجه (٢ /٧٧٩ رقم ٢٣٢٦) . من حديث أبي هريرة ، قال : « أشهد سمعت النبي ﷺ يقول : ما من عبد أو أمة يحلف عند هذا المنبر على يمين آثمة ولو على سواك رطب إلا وجبت له النار » . وإسناده صحيح . انظر الإرواء (٨ /٣١٣ -٣١٤) .

(٢) أخرجه مسلم (١ /١٢٢ رقم ٢١٨ /١٣٧) ، والنسائي (٨ /٢٤٦) ، وابن ماجه (٢ /٧٧٩ رقم ٢٣٢٤) ، وأحمد (٥ /٢٦٠) ، ومالك في الموطأ (٢ /٧٢٧ رقم ١١) وغيرهم . من حديث إياس بن ثعلبة .
وفي الباب من غيره . وقد تقدم ذلك في الأيمان .

ما جاء في التغليظ فيمن حلف بعد العصر[(١)] ، وأما القضاء باليمين مع الشاهد فإنهم اختلفوا فيه ، فقال مالك والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة : يقضي باليمين مع الشاهد في الأموال . وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجمهور أهل العراق : لا يقضي باليمين مع الشاهد في شيء ، وبه قال الليث من أصحاب مالك .

وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض السماع . أما القائلون به فإنهم تعلقوا في ذلك بآثار كثيرة ، منها حديث ابن عباس[(٢)] ، وحديث أبي هريرة[(٣)] ، وحديث زيد بن ثابت[(٤)] ، وحديث ....

---

(١) أخرج البخاري (١٣/ ٤٢٣ رقم ٧٤٤٦) ، ومسلم (١/ ١٠٣ رقم ١٧٣ / ١٠٨) من حديث أبي هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم رجل حلف على سلعة لقد أُعطي بها أكثر مما أعطى وهو كاذب ، ورجل حلف على يمين كاذبة بعد العصر ، ليقتطع بها مال رجل مسلم ، ورجل منع فضل مائه فيقول الله اليوم أمنعك فضلي كما منعت فضل ما لم تعمل يداك » .

(٢) أخرج مسلم (٣/ ١٣٣٧ رقم ٣/ ١٧١٢) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢/ ١٧٨ رقم ٦٢٧ و ٦٢٨) ، وأحمد (١/ ٢٤٨، ٣١٥) ، وأبو داود (٤/ ٣٢ رقم ٣٦٠٨) ، وابن ماجه (٢/ ٧٩٣ رقم ٢٣٧٠) ، والدارقطني (٤/ ٢١٤ رقم ٣٨) ، والبيهقي (١٠/ ١٦٧) عنه :
أن رسول الله ﷺ قضىٰ بيمين وشاهد .

(٣) أخرج أبو داود (٤/ ٣٤ رقم ٣٦١٠) ، والترمذي (٣/ ٦٢٧ رقم ١٣٤٣) ، وابن ماجه (٢/ ٧٩٣ رقم ٢٣٦٨) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢/ ١٧٩ رقم ٦٣٢) ، والدارقطني (٤/ ٢١٣ رقم ٣٣) ، والبيهقي (١٠/ ١٦٨، ١٦٩) .
عن أبي هريرة ، أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد .
وهو حديث صحيح . وقد صححه ابن حبان ، وأبو زرعة وأحمد بن حنبل والبيهقي وغيرهم . قلت : والألباني . انظر الإرواء (٨/ ٣٠٠ - ٣٠١) .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٧٢) ، وعزاه الهيثمي للطبراني في الكبير (٤/ ٢٠٢) عنه . « أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد » وفيه عثمان بن الحكم =

جابر[1] ، إلا أن الذي خرّج مسلم[2] منها حديث ابن عباس ، ولفظه « إن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد » خرّجه مسلم ولم يخرجه البخاري[3] .
وأما مالك فإنما اعتمد مرسله في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه[4] « أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد » ؛ لأن العمل عنده بالمراسيل واجب .
وأما السماع المخالف لها فقوله تعالى : ﴿ **فإنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وامْرأتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءَ** ﴾[5] قالوا : وهذا يقتضي الحصر فالزيادة عليه نسخ ، ولا ينسخ القرآن بالسنة غير المتواترة ، وعند المخالف أنه ليس بنسخ بل زيادة لا تغير حكم المزيد . وأما من السنة فما خرّجه البخاري[6] ....

= الجذامي ، قال أبو حاتم : ليس بالمتقن ، وبقية رجاله ثقات .

(١) أخرج أحمد (٣ /٣٠٥) ، والترمذي (٣ /٦٢٨ رقم ١٣٤٤) ، وابن ماجه (٢ /٧٩٣ رقم ٢٣٦٩) ، والدارقطني (٤ /٢١٢ رقم ٢٩) ، والبيهقي (١٠ /١٧٠) عنه . « أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد » . وهو حديث صحيح . انظر إرواء الغليل (٨ /٣٠٣ –٣٠٥) .

(٢) نعم كما تقدم (٣ /١٣٣٧ رقم ٣ /١٧١٢) .

(٣) نعم ، وهو كذلك .

(٤) أخرجه مالك في الموطأ (٢ /٧٢١ رقم ٥) ، والترمذي (٣ /٦٢٨ رقم ١٣٤٥) ، والبيهقي (١٠ /١٦٩) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٧٩ رقم ٦٣٣) . قال ابن عبد البر – كما في تنوير الحوالك (٢ /١٩٩) : « رواه عن مالك جماعة فوصلوه عن جابر ، منهم : عثمان بن خالد العماني ، وإسماعيل بن موسى الكوفي ، ورواه عن مالك أيضاً محمد بن عبد الرحمن بن رداد ، ومسكين بن بكير موصولاً عن علي ، وقد أسنده ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن جابر ، جماعة حفاظ ، منهم : عبيد الله بن عمر ، وعبد الوهاب الثقفي ، ومحمد بن عبد الرحمن بن رداد ، ويحيى ابن سليم ، وإبراهيم بن أبي حية » .

(٥) البقرة : الآية (٢٨٢) .

(٦) في صحيحه (٥ /٢٨٠ رقم ٢٦٦٩ ، ٢٦٧٠) .

ومسلم[1] عن الأشعث بن قيس قال : « كان بيني وبين رجل خصومة في شيء ، فاختصمنا إلى النبي ﷺ ، فقال شاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ » فقلت : إذًا يحلف ولا يبالي ، فقال النبي ﷺ : « مَن حَلَفَ عَلَى يَمِين يَقْتَطِع بها مَال امْرِئٍ مُسْلِم هُوَ فِيها فاجِرٌ لَقي اللهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَان » قالوا : فهذا منه ﷺ حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ، ولا يجوز عليه ﷺ ألا يستوفي أقسام الحجة للمدعي . والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم في أن اليمين هي حجة أقوى المتداعيين شبهة ، وقد قويت هـٰهنا حجة المدعي بالشاهد كما قويت في القسامة . وهؤلاء اختلفوا في القضاء باليمين مع المرأتين ، فقال مالك : يجوز ؛ لأن المرأتين قد أقيمتا مقام الواحد ، وقال الشافعي : لا يجوز له ؛ لأنه إنما أقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لا مفردة ولا مع غيره ، وهل يقضي باليمين في الحدود التي هي حق للناس مثل القذف والجراح ؟ فيه قولان في المذهب .

---

(١) في صحيحه (١ /١٢٢ رقم ٢٢٠ /١٣٨) .
قلت : وأخرجه أحمد (٥ /٢١١) ، وأبو داود (٤ /٤١ رقم ٣٦٢١) ، والترمذي (٥ /٢٢٤ رقم ٢٩٩٦) ، وابن ماجه (٢ /٧٧٨ رقم ٢٣٢٢) وغيرهم ، وله عندهم ألفاظ .
وعند أبي داود : عن ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ : « من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرىء مسلم لقي الله وهو عليه غضبان » .
فقال الأشعث : فما والله كان ذلك كان بيني وبين رجل من اليهود أرض فجحدني فقدمته إلى النبي ﷺ فقال : « ألك بينة ؟ » قلت : لا ، قال لليهودي « احلف » ، قلت : يا رسول الله إذاً يحلف ويذهب بمالي ، فأنزل الله تعالى : ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً ﴾ [آل عمران : ٧٧] .

○ الفصل الثالث ○

وأما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكُولِهِ ، فإن الفقهاء أيضًا اختلفوا في ذلك ، فقال مالك والشافعي وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين : إذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعي شيء بنفس النكول ، إلا أن يحلف المدعي أو يكون له شاهد واحد ، وقال أبو حنيفة وأصحابه وجمهور الكوفيين : يقضي للمدعي على المدعى عليه بنفس النكول وذلك في المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثًا وقلب اليمين عند مالك يكون في الموضع الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان ، وشاهد ويمين ، وقلب اليمين عند الشافعي يكون في كل موضع يجب فيه اليمين ، وقال ابن أبي ليلى : أردها في غير التهمة ولا أردها في التهمة . وعند مالك في يمين التهمة هل تنقلب أم لا ؟ قولان .

فعمدة من رأى أن تنقلب اليمين ما رواه مالك من « أن رسول الله ﷺ رد في القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدأ بالأنصار »[1] ومن حجة مالك أن الحقوق عنده إنما تثبت بشيئين : إما بيمين وشاهد ، وإما بنكول وشاهد ، وإما بنكول ويمين ، أصل ذلك عنده اشتراط الاثنينية في الشهادة ، وليس يقضى عند الشافعي بشاهد ونكول . وعمدة من قضى بالنكول ، أن الشهادة لما كانت لإثبات الدعوى ، واليمين لإبطالها وجب إن نكل عن اليمين أن تحقق عليه الدعوى . قالوا : وأما نقلها من المدَّعى عليه إلى المدَّعي فهو خلاف للنص ؛ لأن اليمين قد نص على أنها دلالة المدَّعى عليه ، فهذه أصول الحجج التي يقضي بها القاضي . ومما اتفقوا عليه في هذا الباب أنه يقضي القاضي بوصول كتاب قاض آخر إليه،

---

(١) تقدم تخريجه في القسامة .

لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة به ، أعني : إذا أشهد القاضي الذي يثبت عنده الحكم شاهدين عدلين أن الحكم ثابت عنده ، أعني : المكتوب في الكتاب الذي أرسله إلى القاضي الثاني ، فشهدا عند القاضي الثاني أنه كتابه ، وأنه أشهدهم بثبوته ، وقد قيل : إنه يكتفى فيه بخط القاضي ، وأنه كان به العمل الأول . واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة إن أشهدهم على الكتابة و لم يقرأه عليهم ، فقال مالك : يجوز ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يجوز ولا تصح الشهادة . واختلفوا في العفاص والوكاء هل يقضى به في اللقطة دون شهادة ، أم لابد في ذلك من شهادة ؟ فقال مالك : يقضى بذلك ، وقال الشافعي : لابد من الشاهدين ، وكذلك قال أبو حنيفة ، وقول مالك هو أجرى على نص الأحاديث ، وقول الغير أجرى على الأصول . ومما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضي بعلمه ، وذلك أن العلماء أجمعوا على أن القاضي يقضي بعلمه في التعديل والتجريح ، وأنه إذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به ، وأنه يقضي بعلمه في إقرار الخصم وإنكاره ، إلا مالكًا فإنه رأى أن يحضر القاضي شاهدين لإقرار الخصم وإنكاره ، وكذلك أجمعوا على أنه يقضي بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر ، إذا لم يكن في ذلك خلاف . واختلفوا إذا كان في المسألة خلاف ، فقال قوم : لا يرد حكمه إذا لم يخرق الإجماع ، وقال قوم : إذا كان شاذا ، وقال قوم : يرد إذا كان حكمًا بقياس ، وهنالك سماع من كتاب أو سنة تخالف القياس وهو الأعدل ، إلا أن يكون القياس تشهد له الأصول ، والكتاب محتمل والسنة غير متواترة ، وهذا هو الوجه الذي ينبغي أن يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء في موضع من المواضع على الأثر ، مثل ما ينسب إلى أبي حنيفة باتفاق ، وإلى مالك باختلاف . واختلفوا هل يقضي بعلمه على أحد دون بينة أو إقرار ، أو لا يقضي إلا بالدليل والإقرار ؟ فقال مالك وأكثر أصحابه : لا يقضي إلا بالبينات أو الإقرار ، وبه قال أحمد ، وشريح ،

وقال الشافعي ، والكوفي ، وأبو ثور ، وجماعة : للقاضي أن يقضي بعلمه ، ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين ، وكل واحد منهما اعتمد في قوله السماع والنظر .

وأما عمدة الطائفة التي منعت من ذلك ، فمنها حديث معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة[1] « أن النبي ﷺ بعث أبا جهم على صدقةٍ فلاحَاهُ رجُلٌ في فريضةٍ ، فوقع بينهما شِجَاجٌ ، فأتوا النبي ﷺ فأخبروه ، فأعطاهم الأرش ، ثم قال ﷺ : « إنِّي خَاطِبٌ النَّاسَ ومُخْبِرُهُمْ أنَّكُمْ قَدْ رَضيتُمْ ، أرَضيتُم ؟ قالوا : نعم ، فصعد رسول الله ﷺ المنبر ، فخطب الناس وذكر القصة ، وقال : أرَضِيتُمْ ؟ قالوا : لا ، فهم بهم المهاجرون ، فنزل رسول الله ﷺ فأعطاهم ، ثم صعد المنبر فخطب ، ثم قال : أرَضيتُمْ ؟ قالوا : نعم » . قال : فهذا بَيِّن في أنه لم يحكم عليهم بعلمه ﷺ . وأما من جهة المعنى فللتهمة اللاحقة في ذلك للقاضي . وقد أجمعوا أن للتهمة تأثيرًا في الشرع : منها أن لا يرث القاتل عمدًا عند الجمهور من قتله . ومنها ردهم شهادة الأب لابنه ، وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء .

وأما عمدة من أجاز ذلك ، أما من طريق السماع : فحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها أبي سفيان بن حرب حين قال لها ﷺ وقد شكت أبا سفيان : « خُذي ما يَكْفيك وَوَلَدَك بالمَعْرُوف »[2] دون أن

---

(١) أخرجه أبو داود (٤ /٦٧٢ رقم ٤٥٣٤) ، والنسائي (٨ /٣٥) ، وابن ماجه (٢ /٨٨١ رقم ٢٦٣٨) ، وعبد الرزاق في المصنف (٩ /٤٦٢ رقم ١٨٠٣٢) ، والبيهقي (٨ /٤٩) بسند صحيح .

(٢) أخرجه البخاري (٤ /٤٠٥ رقم ٢٢١١) ، ومسلم (٣ /١٣٣٨ رقم ٧ /١٧١٤) ، وأبو داود (٣ /٨٠٢ رقم ٣٥٣٢) ، والنسائي (٨ /٢٤٦) ، وابن ماجه (٢ /٧٦٩ رقم ٢٢٩٣) ، وأحمد (٦ /٣٩ ، ٥٠) وقد تقدم في النكاح .

يسمع قول خصمها . وأما من طريق المعنى فإنه إذا كان له أن يحكم بقول الشاهد الذي هو مظنون في حقه فأحرى أن يحكم بما هو عنده يقين . وخصص أبو حنيفة وأصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا : لا يقضي بعلمه في الحدود ويقضي في غير ذلك ، وخصص أيضًا أبو حنيفة العلم الذي يقضي به فقال : يقضي بعلمه الذي علمه في القضاء ، ولا يقضي بما علمه قبل القضاء . وروي عن عمر أنه قضى بعلمه على أبي سفيان لرجل من بني مخزوم ، وقال بعض أصحاب مالك : يقضي بعلمه في المجلس ، أعني : بما يسمع وإن لم يشهد عنده بذلك ، وهو قول الجمهور كما قلنا ، وقول المغيرة هو أجرى على الأصول ؛ لأن الأصل في هذه الشريعة لا يقضي إلا بدليل ، وإن كانت غلبة الظن الواقعة به أقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين .

○ الفصل الرابع ○

[في الإقرار]

وأما الإقرار إذا كان بينًا فلا خلاف في وجوب الحكم به ، وإنما النظر فيمن يجوز إقراره ممن لا يجوز . وإذا كان الإقرار محتملًا رفع الخلاف . أما من يجوز إقراره ممن لا يجوز فقد تقدم . وأما عدد الإقرارات الموجبة فقد تقدم في باب الحدود ، ولا خلاف بينهم أن الإقرار مرة واحدة عامل في المال وأما المسائل التي اختلفوا فيها من ذلك فهو من قبل احتمال اللفظ ، وأنت إن أحببت أن تقف عليه فمن كتاب الفروع .

○ الباب الرابع ○

وأما على من يقضي ؟ ولمن يقضي ؟ فإن الفقهاء اتفقوا على أنه يقضي لمن ليس يتهم عليه . واختلفوا في قضائه لمن يتهم عليه ؛ فقال مالك : لا يجوز قضاؤه على من لا تجوز عليه شهادته ، وقال قوم : يجوز ؛ لأن القضاء يكون بأسباب معلومة وليس كذلك الشهادة . وأما على من يقضي ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يقضي على المسلم الحاضر . واختلفوا في الغائب وفي القضاء على أهل الكتاب .

فأما القضاء على الغائب ، فإن مالكًا والشافعي قالا : يقضي على الغائب البعيد الغيبة ، وقال أبو حنيفة : لا يقضي على الغائب أصلًا ، وبه قال ابن الماجشون ، وقد قيل عن مالك : لا يقضي في الرباع المستحقة . فعمدة من رأى القضاء حديث هند المتقدم[1] ولا حجة فيه ؛ لأنه لم يكن غائبًا عن المصر . وعمدة من لم ير القضاء : قوله ﷺ : « فإنَّمَا أقْضِي لَهُ بحَسَب ما أسْمَعُ »[2] وما رواه أبو داود[3] وغيره عن علي أن النبي ﷺ قال له حين أرسله إلى اليمن : « لا تَقْضِ لأحَدِ الخِصْمَيْنِ ، حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الآخَرِ » .

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

(٢) تقدم تخريجه في أول الباب من حديث أم سلمة ولفظه « بنحو ما أسمع » .

(٣) في السنن (٤ /١١ رقم ٣٥٨٢) .

قلت: لفظ أبي داود ، عن علي قال : « بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً فقلت يا رسول الله ، ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء ، فقال : إن الله سيهدي قلبك ويثبتُ لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء ، قال : فمازلت قاضياً أو ما شككت في قضاء بعد » .

=

وأما الحكم على الذمي ، فإن في ذلك ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يقضي بينهم إذا ترافعوا إليه بحكم المسلمين ، وهو مذهب أبي حنيفة .

والثاني : أنه مخير ، وبه قال مالك ، وعن الشافعي القولان .

والثالث : أنه واجب على الإمام أن يحكم بينهم وإن لم يتحاكموا إليه .

فعمدة من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى : ﴿ **فإنْ جاءُوكَ فاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أوْ أعْرِضْ عَنْهُمْ** ﴾[1] وبهذا تمسك من رأى الخيار ، ومن أوجبه اعتمد قوله تعالى : ﴿ **وأنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ** ﴾[2] ورأى أن هذا ناسخ لآية التخيير ، وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وإن لم يترافعوا ، فإنه احتج بإجماعهم على أن الذمي إذا سرق قطعت يده .

= وأخرجه الترمذي (٣ /٦١٨ رقم ١٣٣١) ، وابن ماجه (٢ /٧٧٤ رقم ٢٣١٠) ، والحاكم (٤ /٩٣) ، والبيهقي (١٠ /١٤٠) وغيرهم من طرق .
وقال الحاكم : صحيح الإسناد .

(١) المائدة : الآية (٤٢) .

(٢) المائدة : الآية (٤٩) .

○ الباب الخامس ○

وأما كيف يقضي القاضي ؟ فإنهم أجمعوا على أنه واجب عليه أن يسوِّي بين الخصمين في المجلس وألا يسمع من أحدهما دون الآخر ، وأن يبدأ بالمدعي فيسأله البينة إن أنكر المدعى عليه . وإن لم يكن له بينة فإن كان في مال وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق ، وإن كانت في طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعي بمجرد الدعوى ، وقال مالك : لا تجب إلا مع شاهد ، وإذا كان في المال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى أم لا يحلفه حتى يثبت المدعي الخلطة ؟ اختلفوا في ذلك ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لعموم قوله ﷺ من حديث ابن عباس « البينة على المدعي واليمن على المدعى عليه »[١] وقال مالك : لا تجب اليمين إلا بالمخالطة ، وقال بها السبعة من فقهاء المدينة .

وعمدة من قال بها النظر إلى المصلحة ؛ لكيلا يتطرق الناس بالدعاوى إلى تعنيت بعضهم بعضًا ، وإذاية بعضهم بعضًا ، ومن هنا لم ير مالك إحلاف المرأة زوجها إذا ادعت عليه الطلاق إلا أن يكون معها شاهد ، وكذلك إحلاف العبد سيده في دعوى العتق عليه ، والدعوى لا تخلو أن تكون في شيء في الذمة أو في شيء بعينه ، فإن كانت في الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى ، وأن له بينة ، سمعت منه بينته باتفاق . وكذلك إن كان اختلاف في عقد وقع في عين مثل بيع أو غير ذلك . وأما إن كانت الدعوى في عين وهو الذي يسمى استحقاقًا ، فإنهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه ؟ فقال أبو حنيفة : لا تسمع

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

بينة المدعى عليه إلا في النكاح وما لا يتكرر ؛ وقال غيره : لا تسمع في شيء ، وقال مالك والشافعي : تسمع ، أعني : في أن يشهد للمدعي بينة المدعى عليه أنه مال له وملك .

فعمدة من قال : لا تسمع ، أن الشرع قد جعل البينة في حيز المدعي واليمين في حيز المدعى عليه ، فوجب أن لا ينقلب الأمر ، وكان ذلك عندهما عبادة .

وسبب الخلاف : هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائدًا على كون الشيء المدعى فيه موجودًا بيده ، أم ليست تفيد ذلك ؟ فمن قال : لا تفيد معنى زائدًا ؛ قال : لا معنى لها ، ومن قال : تفيد ، اعتبرها . فإذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البينتين ، ولم تثبت إحداهما أمرًا زائدًا مما لا يمكن أن يتكرر في ملك ذي الملك ، فالحكم عند مالك أن يقضي بأعدل البينتين ولا يعتبر الأكثر ، وقال أبو حنيفة : بينة المدعي أولى على أصله ، ولا تترجح عنده بالعدالة كما لا تترجح عند مالك بالعدد، وقال الأوزاعي : تترجح بالعدد ، وإذا تساوت في العدالة ، فذلك عند مالك كلا بينة يحلف المدعى عليه ، فإن نكل حلف المدعي ووجب الحق ؛ لأن يد المدعى عليه شاهدة له ؛ ولذلك جعل دليله أضعف الدليلين ؛ أعني : اليمين . وأما إذا أقر الخصم فإن كان المدعى فيه عينًا فلا خلاف أنه يدفع إلى مدعيه . وأما إذا كان مالا في الذمة ، فإنه يكلف المقر غرمه فإن ادعى العدم ، حبسه القاضي عند مالك حتى يتبين عدمه ، وإما بطول السجن والبينة إن كان متهما ، فإذا لاح عسره خلى سبيله ؛ لقوله تعالى : ﴿ **وإنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلى مَيْسَرَةٍ** ﴾[1] وقال قوم : يؤاجره ، وبه قال أحمد . وروي عن عمر بن عبد العزيز ، وحكي عن أبي حنيفة أن لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار ، ولا خلاف أن البينة إذا جرحها المدعى عليه أن الحكم يسقط إذا كان

---

(١) البقرة : الآية (٢٨٠) .

التجريح قبل الحكم ، وإن كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك ؛ وقال الشافعي : ينتقض، وأما إن رجعت البينة عن الشهادة ، فلا يخلو أن يكون ذلك قبل الحكم أو بعده ، فإن كان قبل الحكم فالأكثر أن الحكم لا يثبت ، وقال بعض الناس : يثبت . وإن كان بعد الحكم فقال مالك : يثبت الحكم ، وقال غيره لا يثبت الحكم ، وعند مالك أن الشهداء يضمنون ما أتلفوا بشهادتهم ، فإن كان مالًا ضمنوه على كل حال ، قال عبد الملك : لا يضمنون في الغلط ، وقال الشافعي : لا يضمنون المال . وإن كان دمًا فإن ادعوا الغلط ضمنوا الدية ، وإن أقروا أقيد منهم على قول أشهب ، ولم يقتص منهم على قول ابن القاسم .

○ الباب السادس ○

وأما متى يقضي ؟ فمنها ما يرجع إلى حال القاضي في نفسه ، ومنها ما يرجع إلى وقت إنفاذ الحكم وفصله ، ومنها ما يرجع إلى وقت توقيف المدعى فيه وإزالة اليد عنه إذا كان عينا . فأما متى يقضي القاضي ؟ فإذا لم يكن مشغول النفس لقوله ﷺ : « لا يَقْضي القاضي حينَ يَقْضي وَهُوَ غَضْبانُ »[1] ومثل هذا عند مالك أن يكون عطشانا أو جائعا أو خائفا أو غير ذلك من العوارض التي تعوقه عن الفهم ، لكن إذا قضى في حال من هذه الأحوال بالصواب ، فاتفقوا فيما أعلم على أنه ينفذ حكمه ، ويحتمل أن يقال : لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان ؛ لأن النهي يدل على فساد المنهي عنه . وأما متى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الأجل والإعذار إليه ، ومعنى نفوذ هذا ، هو أن يحق حجة المدعي أو يدحضها ، وهل له أن يسمع حجة بعد الحكم ؟ فيه اختلاف من قول مالك ، والأشهر أنه يسمع فيما كان حقا لله مثل الإحباس والعتق ولا يسمع في غير ذلك . وقيل : لا يسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذي يسمى التعجيز ، قيل : لا يسمع منهما جميعاً ، وقيل : بالفرق بين المدعي والمدعى عليه ، وهو ما إذا أقر بالعجز . وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الإعذار ، وهو إذا لم يرد الذي استحق الشيء من يده أن يخاصم فله أن يرجع بثمنه على البائع ، وإن كان يحتاج في رجوعه به على البائع أن يوافقه عليه فيثبت شراءه

---

(١) أخرجه البخاري (١٣٦/١٣ رقم ٧١٥٨)، ومسلم (١٣٤٢/٣ رقم ١٧١٧/١٦)، وأبو داود (١٦/٤ رقم ٣٥٨٩)، والترمذي (٦٢٠/٣ رقم ١٣٣٤)، والنسائي (٢٣٧/٨)، وابن ماجه (٧٧٦/٢ رقم ٢٣١٦)، والبيهقي (١٠٤/١٠، ١٠٥) وغيرهم من حديث أبي بكرة .

منه إن أنكره ، أو يعترف له به إن أقره فللمستحق من يده أن يأخذ الشيء من المستحق ، ويترك قيمته بيد المستحق ، وقال الشافعي : يشتريه منه ، فإن عطب في يد المستحق فهو ضامن له ، وإن عطب في أثناء الحكم ، ممن ضمانه ؟ اختلف في ذلك ، فقيل : إن عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق ، وقيل : إنما يضمن المستحق بعد الحكم ، وأما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه . قال القاضي رضي الله عنه : وينبغي أن تعلم أن الأحكام الشرعية تنقسم قسمين : قسم يقضي به الحكام، وجل ما ذكرناه في هذا الكتاب هو داخل في هذا القسم ، وقسم لا يقضي به الحكام ، وهذا أكثره هو داخل في المندوب إليه . وهذا الجنس من الأحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء في أواخر كتبهم التي يعرفونها بالجوامع . ونحن فقد رأينا أن نذكر أيضاً من هذا الجنس المشهور منه إن شاء الله تعالى . وأما ينبغي قبل هذا أن تعلم أن السنن المشروعة العملية المقصود منها هو الفضائل النفسانية ، **فمنها** ما يرجع إلى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره ، وفي هذا الجنس تدخل العبادات ، وهذه هي السنن الكرامية . **ومنها** : ما يرجع إلى الفضيلة التي تسمى عفة وهذه صنفان : السنن الواردة في المطعم والمشرب ، والسنن الواردة في المناكح . **ومنها** ما يرجع إلى طلب العدل والكف عن الجور . فهذه هي أجناس السنن التي تقتضي العدل في الأموال ، والتي تقتضي العدل في الأبدان . وفي هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات ؛ لأن هذه كلها إنما يطلب بها العدل . **ومنها** السنن الواردة في الأعراض . ومنها السنن الواردة في جميع الأموال وتقويمها ، وهي التي يقصد بها طلب الفضيلة التي تسمى السخاء ، وتجنب الرذيلة التي تسمى البخل . والزكاة تدخل في هذا الباب من وجه ، وتدخل أيضاً في باب الاشتراك في الأموال ، وكذلك الأمر في الصدقات . **ومنها** سنن واردة في الاجتماع الذي هو شرط في حياة الإنسان ، وحفظ فضائله العملية والعلمية ،

وهي المعبر عنها بالرياسة ، ولذلك لزم أيضاً أن تكون سنن الأئمة والقوام بالدين .
ومن السنة المهمة في حين الاجتماع السنن الواردة في المحبة والبغضة والتعاون على إقامة هذه السنن ، وهو الذي يسمى : النهي عن المنكر والأمر بالمعروف ، وهي المحبة والبغضة ، أي : الدينية التي تكون إما من قبل الإخلال بهذه السنن ، وإما من قبل سوء المعتقد في الشريعة .

وأكثر ما يذكر الفقهاء في الجوامع من كتبهم ما شذ عن الأجناس الأربعة ، التي هي فضيلة العفة ، وفضيلة العدل ، وفضيلة الشجاعة وفضيلة السخاء ، والعبادة التي هي كالشروط في تثبيت هذه الفضائل .

كمل كتاب الأقضية ، وبكماله كمل جميع الديوان ، والحمد لله كثيراً على ذلك كما هو أهله .

[بحمد الله تعالى قد تم الكتاب]

وبهذا يتم تخريجنا لكتاب « بداية المجتهد ونهاية المقتصد » لأبي الوليد ابن رشد الحفيد رحمه الله .

وهو تخريج وسط لا هو بالطويل الممل ولا بالمختصر المخل ، رجوت به خدمة الإسلام ، وتذليل بعض الصعاب أمام القراء الكرام .

الله أسأل أن ينفع به ، ويجعله في ميزان حسناتي يوم العرض عليه ، إنه سميع مجيب .

المحقق

محمد صبحي حسن حلاق

أبو مصعب

□ ثبت المصادر والمراجع على حروف المعجم □

– أ –

١ – أبو زرعة الرازي وجهوده في السنة النبوية ، مع تحقيق كتابه الضعفاء ، وأجوبته على أسئلة البرذعي . دراسة وتحقيق . د : سعدي الهاشمي ، ط : دار الوفاء ، المنصورة .

٢ – الإجماع . لأبي بكر بن محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري . حققه وقدم له وخرج أحاديثه أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف . ط : دار طيبة ، الرياض .

٣ – الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان . ترتيب الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي . قدم له وضبط نصه : كمال يوسف الحوت . ط : دار الفكر .

٤ – الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان . تأليف : أبي حاتم محمد بن حبان البستي . حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط . ط : مؤسسة الرسالة .

٥ – إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام . للإمام تقي الدين أبي الفتح الشهير بابن دقيق العيد . ط : دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٦ – أحكام الجنائز وبدعها . تأليف : المحدث محمد ناصر الدين الألباني . ط : المكتب الإسلامي .

٧ – أحوال الرجال . لأبي إسحاق إبراهيم بن يعقوب الجوزجاني . حققه وعلق عليه : السيد صبحي البدري السامرائي . ط : مؤسسة الرسالة .

٨ – إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة . تأليف : محمد صبحي حسن حلاق « مخطوط » .

٩ – إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل . تأليف : محمد ناصر الدين

الألباني . ط : المكتب الإسلامي .
١٠ - الاستذكار لمذاهب فقهاء الأمصار . لابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله ابن محمد القرطبي .
تحقيق : علي النجدي ناصف . القاهرة المجلس الأعلى للشئون الإسلامية لجنة إحياء التراث الإسلامي . الطبعة الأولى .
١١ - الإصابة في تمييز الصحابة . للإمام أحمد بن علي العسقلاني المعروف بابن حجر ، وبذيله كتاب الاستيعاب في معرفة الأصحاب ، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر . تحقيق الدكتور : طه محمد الزيني . ن : مكتبة الكليات الأزهرية .
١٢ - أصول التخريج ودراسة الأسانيد . للدكتور : محمود الطحان . ن : مكتبة المعارف ، الرياض .
١٣ - أطفال المسلمين في الجنة . تأليف : الإمام محمد بن علي الشوكاني . تحقيق وتخريج وتعليق : محمد صبحي حسن حلاق . ويليه : مصير أطفال الكافرين في الآخرة . إعداد : محمد صبحي حسن حلاق . ن : دار الهجرة ، صنعاء .
١٤ - الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار . تصنيف العلامة أبي بكر محمد ابن موسى بن عثمان بن حازم الهمذاني . نشر وتعليق وتصحيح : راتب حاكمي .
١٥ - الإكمال في رفع الارتياب عن المؤتلف والمختلف في الأسماء والكنى والأنساب. تأليف : الأمير الحافظ ابن ماكولا .
١٦ - الأم . تأليف : الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي . مع مختصر المزني . ط : دار الفكر .
١٧ - الأموال . للإمام أبي عبيد القاسم بن سلام . تحقيق وتعليق : محمد خليل هراس . ن : مكتبة الكليات الأزهرية ، دار الفكر .
١٨ - أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء . تأليف : الشيخ قاسم القونوي . تحقيق : الدكتور أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي . ن :

دار الوفاء للنشر والتوزيع . السعودية جدة . ت : مؤسسة الكتب الثقافية .

١٩ – الإيضاحات العصرية للمقاييس والمكاييل والأوزان الشرعية . تأليف : محمد صبحي حسن حلاق . ن : دار الهجرة – صنعاء .

٢٠ – الإيمان للحافظ محمد بن إسحاق بن يحيى بن مندة . حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه الدكتور : علي بن محمد بن ناصر الفقيهي . ط : مؤسسة الرسالة .

– ب –

٢١ – البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار . تأليف : الإمام أحمد بن يحيى بن المرتضى . ويليه : كتاب جواهر الأخبار والآثار . للعلامة محمد ابن يحيى بهران الصعدي . ط : مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر . ن : مكتبة الخانجي بمصر .

٢٢ – بذل المجهود في حل أبي داود . للعلامة الشيخ خليل أحمد السّهارنفوري مع تعليق شيخ الحديث حضرة العلامة محمد زكريا بن يحيى الكاندهلوي . ط : دار الكتب العلمية . بيروت – لبنان .

٢٣ – بغية الملتمس في تاريخ رجال أهل الأندلس . تأليف : الضبي أحمد بن يحيى بن أحمد بن عميرة . ط : دار الكاتب العربي .

٢٤ – بلوغ المرام من أدلة الأحكام . للإمام ابن حجر العسقلاني . تحقيق وتخريج : محمد صبحي حسن حلاق . ن : دار الهجرة ، صنعاء .

٢٥ – بيان خطأ من أخطأ على الشافعي . تأليف : الإمام أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي . تحقيق وتقديم : الدكتور الشريف نايف الدعيس . ط : مؤسسة الرسالة .

– ت –

٢٦ – تاريخ بغداد أو مدينة السلام . للحافظ أبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي . ن : دار الكتاب العربي . بيروت – لبنان .

٢٧ - تاريخ الثقات . للإمام الحافظ أحمد بن عبد الله بن صالح أبي الحسن العجلي . بترتيب الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي . وتضمينات الحافظ ابن حجر العسقلاني . وثق أصوله وخرج حديثه وعلق عليه : الدكتور عبد المعطي قلعجي . ط : دار الكتب العلمية . بيروت - لبنان .

٢٨ - التاريخ الصغير . للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري تحقيق : محمود إبراهيم زايد . فهرس أحاديثه : الدكتور يوسف المرعشلي ط : دار المعرفة . بيروت - لبنان . توزيع : مكتبة المعارف . الرياض .

٢٩ - التاريخ الكبير . تأليف : أبي عبد الله إسماعيل بن إبراهيم الجعفي البخاري . ط : دار الفكر .

٣٠ - تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي . للإمام الحافظ : أبي العلى محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري . ط : دار الفكر .

٣١ - تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف . للحافظ المزي مع النكت الظراف على الأطراف لابن حجر العسقلاني . تحقيق : عبد الصمد شرف الدين . إشراف : زهير الشاويش . ط : المكتب الإسلامي . الدار القيمة .

٣٢ - تذكرة الحفاظ . للإمام الذهبي . ط : دار إحياء التراث العربي . بيروت - لبنان .

٣٣ - ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك . للقاضي عياض . تحقيق : الدكتور أحمد بكير محمود . مشورات : دار مكتبة الحياة - بيروت . دار مكتبة الفكر - طرابلس - ليبيا .

٣٤ - ترتيب مسند الإمام المعظم والمجتهد المقدم أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي . تصحيح ومراجعة : السيد يوسف على الزواوي الحسني ، والسيد عزّت العطار الحسيني . ط : دار الكتب العلمية . بيروت - لبنان .

٣٥ - تعجيل المنفعة بزوائد رجال الأئمة الأربعة . للإمام أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني . ن : دار الكتاب العربي . بيروت - لبنان .

٣٦ – تغليق التعليق على صحيح البخاري . تأليف : الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني . دراسة وتحقيق : سعيد عبد الرحمن موسى القزقي . ط : المكتب الإسلامي ، ودار عمار .

٣٧ – تقريب التهذيب . للإمام أحمد بن علي بن خحجر العسقلاني . حققه وعلق حواشيه وقدم له : عبد الوهاب عبد اللطيف . ط : دار المعرفة . بيروت – لبنان .

٣٨ – التكملة لوفيات النقلة . تأليف : زكي الدين أبي محمد عبد العظيم بن عبد القوي المنذري . حققه وعلق عليه : الدكتور بشار عواد معروف . ط : مؤسسة الرسالة .

٣٩ – تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير . لابن حجر العسقلاني تصحيح وتعليق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني . ط : دار المعرفة . بيروت – لبنان .

٤٠ – تمام المنة في التعليق على « فقه السنة » تأليف : محمد ناصر الدين الألباني . ط : دار الراية . الرياض . السعودية . ن : المكتبة الإسلامية عمان – الأردن.

٤١ – التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد . تأليف : عمر يوسف بن عبد البر النمري الأندلسي . حققه وعلق حواشيه وصححه : الأستاذ مصطفى بن أحمد العلوي ، والأستاذ : محمد عبد الكبير البكري . ط : مكتبة ابن تيمية .

٤٢ – تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك . تأليف الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي الشافعي . ويليه : كتاب إسعاف المبطأ برجال الموطأ للسيوطي . ط : دار الكتب العلمية . بيروت – لبنان .

٤٣ – تهذيب الأسماء واللغات . للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي .. ط : دار الكتب العلمية . بيروت – لبنان .

٤٤ – تهذيب التهذيب . للإمام شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني . ط : دار الفكر .

٤٥ – التوحيد وإثبات صفات الرب عز وجل . تأليف : محمد بن إسحاق

ابن خزيمة . راجعه وعلق عليه : محمد خليل هراس . ط : دار الكتب العلمية . بيروت – لبنان .

- ث -

٤٦ – الثقات . للإمام الحافظ محمد بن حبان بن أحمد أبي حاتم التميمي البستي . ط : دار الفكر .

- ج -

٤٧ – جامع الأصول في أحاديث الرسول ﷺ . تأليف : الإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك ابن محمد بن الأثير الجزري . حققه وخرجه وعلق عليه : عبد القادر الأرناؤوط . ن : مكتبة الحلواني ، مطبعة الملاح ، مكتبة دار البيان .

٤٨ – جامع بيان العلم وفضله وما ينبغي في روايته وحمله . للإمام المحدث المجتهد حافظ المغرب أبي عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي الأندلسي . ط : دار الكتب العلمية . بيروت – لبنان .

٤٩ – جامع البيان عن تأويل آي القرآن . تأليف : أبي جعفر محمد بن جرير الطبري . ط : دار الفكر .

٥٠ – الجامع الصحيح . تأليف : الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري . ن : دار الآفاق الجديدة . بيروت .

٥١ الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي . لأبي عيسى محمد بن عيسى ابن سورة .

- تحقيق وشرح : أحمد محمد شاكر للجزء الأول والثاني .
- تحقيق وتخريج وتعليق : محمد فؤاد عبد الباقي للجزء الثالث .
- تحقيق وتعليق : إبراهيم عطوة عوض للجزء الرابع والخامس . ط : دار إحياء التراث العربي . بيروت .

٥٢ – الجرح والتعديل . للإمام الحافظ شيخ الإسلام الرازي . ط : دار الكتب

العلمية . بيروت – لبنان .

٥٣ – الجمع بين رجال الصحيحين البخاري ومسلم . لكتابي أبي نصر الكلاباذي ، وأبي بكر الأصبهاني . للإمام أبي الفضل محمد بن طاهر ابن علي المقدسي المعروف بابن القيسراني الشيباني . ط : دار الكتب العلمية . بيروت .

– ح –

٥٤ – الحجة على أهل المدينة . للإمام أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني . رتب أصوله وعلق عليه : العلامة السيد مهدي حسن الكيلاني القادري . ط : عالم الكتب .

٥٥ – حلية الأولياء وطبقات الأصفياء . للحافظ أبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني . ط : دار الكتاب العربي .

– خ –

٥٦ – خلق أفعال العباد والرد على الجهمية وأصحاب التعطيل للإمام : محمد ابن إسماعيل البخاري . ط : مؤسسة الرسالة .

– د –

٥٧ – الديات . تأليف : الإمام الحافظ أحمد بن عمرو بن أبي عاصم الضحاك . حققه وخرج أحاديثه عبد الله بن أحمد الحاشدي . ط : دار الأرقم – الكويت .

٥٨ – الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب . لابن فرحون إبراهيم ابن علي بن محصر المالكي . ط : دار الكتب العلمية . بيروت .

– ذ –

٥٩ – ذكر أخبار أصبهان . لأبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني . ليدن . مطبعة بريل . الطبعة الأولى .

- ر -

٦٠ - رجال صحيح مسلم . تأليف : الإمام أبي بكر أحمد بن علي بن منجويه الأصبهاني . تحقيق : عبد الله الليثي . ط : دار المعرفة . بيروت - لبنان.

٦١ - رد الإمام الدارمي عثمان بن سعيد على بشر المريسي العنيد . صححه وعلق عليه : محمد حامد الفقي . ط : دار الكتب العلمية . بيروت - لبنان.

٦٢ - الرسالة . للإمام المطلبي محمد بن إدريس الشافعي . تحقيق وشرح : أحمد محمد شاكر . بدون ذكر المطبعة .

٦٣ - رسوخ الأخبار في منسوخ الأخبار . لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم ابن عمر الجعبري . دراسة وتحقيق : الدكتور حسن محمد مقبولي الأهدل . ط : مؤسسة الكتب الثقافية . بيروت . ن : مكتبة الجيل الجديد . صنعاء .

٦٤ - الروض الداني إلى المعجم الصغير للطبراني . تحقيق : محمد شكور محمود الحاج أمرير . ط : المكتب الإسلامي . بيروت . دار عمّار . عمّان .

- ز -

٦٥ - زاد المعاد في هدي خير العباد . لابن قيم الجوزية . حقق نصوصه ، وخرج أحاديثه وعلق عليه : شعيب الأرنؤوط ، وعبد القادر الأرنؤوط . ط : مؤسسة الرسالة . ن : مكتبة المنار الإسلامية .

- س -

٦٦ - سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحاكم . تأليف : الشيخ الإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني . صححه وعلق عليه وخرج أحاديثه : فواز أحمد زمرلي ، وإبراهيم محمد الجمل . ط : دار الكتاب العربي .

٦٧ - سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها . تخريج محمد ناصر الدين الألباني . ط : المكتب الإسلامي .

٦٨ - سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيىء في الأمة . تخريج محمد ناصر الدين الألباني . الأول والثاني . ط : المكتب الإسلامي .

الثالث والرابع . ط : مكتبة المعارف . الرياض .

٦ - سنن أبي داود . للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي . ومعه كتاب معالم السنن للخطابي . إعداد وتعليق : عزت عبيد الدعاس ، وعادل السيد . ط : دار الحديث . بيروت - لبنان .

٧٠ - سنن الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجه . تحقيق وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي . ط : دار الفكر .

٧١ - سنن الدارقطني . تأليف : شيخ الإسلام الإمام الكبير علي بن عمر الدارقطني . عني بتصحيحه وتنسيقه وترقيمه وتحقيقه السيد عبد الله هاشم يماني المدني . وبذيله : التعليق المغني على الدارقطني . تأليف : المحدث العلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي . ط : دار المحاسن للطباعة .

٧٢ - سنن الدارمي . للإمام الكبير أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل ابن بهرام الدارمي . ط : دار الكتب العلمية . بيروت - لبنان .

٧٣ - سنن سعيد بن منصور . تأليف : الإمام الحافظ سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني المكي . حققه وعلق عليه الأستاذ المحدث حبيب الرحمن الأعظمي . ط : دار الكتب العلمية . بيروت - لبنان .

٧٤ - السنن الكبرى . للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، وفي ذيله الجوهر النقي . ط : دار المعرفة . بيروت - لبنان .

٧٥ - السنن المأثورة . للإمام محمد بن إدريس الشافعي . تحقيق وتخريج الدكتور عبد المعطي أمين قلعجي . ط : دار المعرفة بيروت - لبنان .

٧٦ - سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي . اعتنى به ورقمه وصنع فهارسه : عبد الفتاح أبو غُدّة . ن : مكتبة المطبوعات الإسلامية ، بحلب .

٧٧ - سير أعلام النبلاء . تصنيف : الإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي . حقق نصوصه ، وخرج أحاديثه وعلق عليه : شعيب الأرنؤوط ونخبة من العلماء . ط : مؤسسة الرسالة .

- ش -

٧٨ - شذرات الذهب في أخبار من ذهب . لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي . ط : دار المسيرة - بيروت .

٧٩ - شرح أصول اعتقاد أهل السنة والجماعة من الكتاب والسنة وإجماع الصحابة والتابعين من بعدهم . تأليف : الإمام أبي القاسم هبة الله بن الحسن بن منصور الطبري اللالكائي . تحقيق الدكتور : أحمد سعيد حمدان . ن : دار طيبة .

٨٠ - شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك . تأليف الإمام محمد الزرقاني . ط : دار الفكر .

٨١ - شرح السنة . تأليف : الإمام البغوي . تحقيق : زهير الشاويش ، وشعيب الأرناؤوط . ط : المكتب الإسلامي .

٨٢ - شرح فتح القدير . تأليف : الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام . ط : دار إحياء التراث العربي . بيروت - لبنان .

٨٣ - شرح معاني الآثار . للإمام أبي جعفر ، أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي . حققه وعلق عليه محمد زهري النجار . ط : دار الكتب العلمية .

- ص -

٨٤ - صحيح ابن خزيمة . لإمام الأئمة أبي بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة السلمي النيسابوري . حققه وعلق عليه ، وخرج أحاديثه الدكتور : محمد مصطفى الأعظمي . ط : المكتب الإسلامي .

٨٥ - صحيح الترغيب والترهيب للحافظ المُنذري . اختيار وتحقيق : محمد ناصر الدين الألباني . ط : المكتب الإسلامي .

٨٦ - صحيح الترمذي بشرح الإمام ابن العربي المالكي . وهي عارضة الأحوذي . ن : دار الكتاب العربي .

٨٧ – صحيح الجامع الصغير وزيادته « الفتح الكبير » تأليف : محمد ناصر الدين الألباني . ط : المكتب الإسلامي .
٨٨ – صحيح سنن ابن ماجه . تأليف : محمد ناصر الدين الألباني . توزيع : المكتب الإسلامي – بيروت .
٨٩ – صحيح سنن أبي داود باختصار السند . صحح أحاديثه : محمد ناصر الدين الألباني . اختصر أسانيده وعلّق عليه وفهرسه زهير الشاويش . ن : مكتبة التربية العربي لدول الخليج .
٩٠ – صحيح سنن الترمذي باختصار السند . تأليف : محمد ناصر الدين الألباني . ط : المكتب الإسلامي . بيروت . ن : مكتب التربية العربي لدول الخليج .
٩١ – صحيح سنن النسائي باختصار السند . صحح أحاديثه : محمد ناصر الدين الألباني . ط : المكتب الإسلامي بيروت . ن : مكتب التربية العربي لدول الخليج .
٩٢ – صحيح مسلم بشرح النووي . ط : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
٩٣ – صحيح مسلم . للإمام أبي الحسين بن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي . ط : دار إحياء التراث العربي . بيروت .
٩٤ – صفة صلاة النبي ﷺ من التكبير إلى التسليم كأنك تراها . تأليف : محمد ناصر الدين الألباني . ط : المكتب الإسلامي .

– ض –

٩٥ – الضعفاء الكبير . تصنيف الحافظ أبي جعفر محمد بن عمرو بن موسى ابن حماد العقيلي المكي . حققه ووثقه الدكتور : عبد المعطي أمين قلعجي . ط : دار الكتب العلمية . بيروت .
٩٦ – الضعفاء والمتروكين . تأليف : أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي . تحقيق : بوران الضناوي ، وكمال يوسف الحوت . ط : مؤسسة الكتب الثقافية .

٩٧ - الضعفاء والمتروكين . تأليف : الإمام علي بن عمر بن أحمد الدارقطني تحقيق : محمد بن لطفي الصباغ . ط : المكتب الإسلامي .
٩٨ - ضعيف الجامع الصغير وزيادته « الفتح الكبير » . تأليف : محمد ناصر الدين الألباني . ط : المكتب الإسلامي .
٩٩ - ضعيف سنن ابن ماجه . تأليف : محمد ناصر الدين الألباني . أشرف على طباعته والتعليق عليه وفهرسته : زهير الشاويش . ط : المكتب الإسلامي .

- ط -

١٠٠- الطبقات الكبرى لابن سعد . ط : دار صادر - بيروت .
١٠١- طرح التثريب في شرح التقريب . تأليف : زين الدين أبي الفضل . ط : دار إحياء التراث العربي .
١٠٢ - طرق تخريج حديث رسول الله ﷺ بقلم الدكتور الشيخ أبي محمد عبد المهدي بن عبد القادر بن عبد الهادي . ط : دار الاعتصام .

- ع -

١٠٣- العقد الثمين في تاريخ البلد الأمين . للإمام : تقي الدين محمد بن أحمد الحسني الفاسي المكي . ط : مؤسسة الرسالة .
١٠٤- علل الحديث . تأليف : الإمام أبي محمد عبد الرحمن الرازي الحافظ ابن الإمام أبي حاتم محمد بن إدريس بن المنذر بن داود بن مهران . ط : مكتبة المثنى - ببغداد .
١٠٥- العلل المتناهية في الأحاديث الواهية . للإمام أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزي التيمي القرشي . قدم له وضبطه : الشيخ خليل الميس . ط : دار الكتب العلمية . بيروت - لبنان .
١٠٦- علوم الحديث لابن الصلاح . الإمام أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري . تحقيق وشرح : نور الدين عتر . ط : دار الفكر .
١٠٧- عمل اليوم والليلة . للإمام أحمد بن شعيب النسائي . دراسة وتحقيق

الدكتور : فاروق حمادة . ط : مؤسسة الرسالة .

١٠٨- عمل اليوم والليلة . للحافظ أبي بكر أحمد بن محمد بن إسحاق الدينوري المعروف بابن السني . خرج أحاديثه وعلق عليه أبو محمد سالم بن أحمد السلفي . ط : مؤسسة الكتب الثقافية .

١٠٩- عون المعبود شرح سنن أبي دواد . للعلامة أبي الطيب محمد شمس الدين الحق العظيم آبادي . مع شرح الحافظ ابن قيم الجوزية . ط : دار الفكر .

- غ -

١١٠- غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام . تأليف محمد ناصر الدين الألباني . ط : المكتب الإسلامي .

- ف -

١١١- فتح الباري شرح صحيح البخاري . للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني . رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه : محمد فؤاد عبد الباقي . قرأ أصله تصحيحاً وتحقيقاً وأشرف على مقابلة نسخه المطبوعة والمخطوطة : عبد العزيز بن عبد الله بن باز . ط : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

١١٢- الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني مع مختصر شرحه . بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني . تأليف : أحمد عبد الرحمن البنا . ط : دار إحياء التراث العربي . بيروت .

١١٣- فتوح البلدان . تصنيف الإمام أبي العباس أحمد بن يحيى بن جابر البلاذري . حققه وشرحه وعلق على حواشيه ، وأعد فهارسه وقدم له الدكتور : عبد الله أنيس الطباع والدكتور عمر أنيس الطباع . ن : مؤسسة المعارف . بيروت .

١١٤- فضل الله الصمد في توضيح الأدب المفرد . لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري . تأليف العلامة فضل الله الجيلاني . ن و ت : المكتبة الإسلامية . حمص - الفاخورة .

١١٥- فيض القدير شرح الجامع الصغير . للعلامة المناوي . ط : دار المعرفة . بيروت - لبنان .

- ق -

١١٦- قطف الأزهار المتناثرة في الأخبار المتواترة . تأليف : الإمام جلال الدين السيوطي . تحقيق : الشيخ خليل محيي الدين الميس . ط : المكتب الإسلامي .

- ك -

١١٧- الكامل في ضعفاء الرجال . للإمام الحافظ أبي أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني . ط : دار الفكر .

١١٨- كشف الأستار عن زوائد البزار على الكتب الستة . تأليف : الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي . تحقيق : العلامة حبيب الرحمٰن الأعظمي . ط : مؤسسة الرسالة .

١١٩- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار . للإمام تقي الدين أبي بكر بن محمد الحصيني الحسيني الدمشقي . صححه جماعة من العلماء . ط : دار قتيبة .

١٢٠- الكنى والأسماء . تأليف : الشيخ العلامة أبي بشر محمد بن أحمد بن حماد الدولابي . ط : دار الكتب العلمية . بيروت - لبنان .

- ل -

١٢١- لسان الميزان . للإمام الحافظ أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني . ن : مؤسسة الأعلمي للمطبوعات . بيروت - لبنان .

- م -

١٢٢- المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين . للإمام الحافظ : محمد بن حبان ابن أحمد أبي حاتم التميمي . تحقيق : محمود إبراهيم زايد . ن : دار المعرفة . بيروت - لبنان .

١٢٣- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد . للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي . ط : دار الكتاب العربي . بيروت – لبنان .

١٢٤- المجموع شرح المهذب . للإمام النووي والسبكي والمطيعي . ويليه فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي . ويليه التلخيص الحبير في تخريج الرافعي الكبير لابن حجر . ط : دار الفكر .

١٢٥- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية . جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم بمساعدة ابنه محمد . ط : مؤسسة قرطبة .

١٢٦- المحلى بالآثار . تصنيف : الإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي . تحقيق الدكتور : عبد الغفار سليمان البنداري . ط : دار الكتب العلمية . بيروت – لبنان .

١٢٧- مختار الصحاح . للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي . ط : مكتبة لبنان .

١٢٨- مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذري . ومعالم السنن لأبي سليمان الخطابي ، وتهذيب الإمام ابن قيم الجوزية . تحقيق : أحمد محمد شاكر ، ومحمد حامد الفقي . ط : دار المعرفة . بيروت – لبنان .

١٢٩- المدونة الكبرى . للإمام مالك بن أنس . ط : دار صادر . بيروت .

١٣٠- المراسيل . تصنيف الإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني . حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه : شعيب الأرناؤوط . ط : مؤسسة الرسالة .

١٣١- مرويات ابن مسعود رضي الله عنه . جمع وتخريج الدكتور : الشريف منصور ابن عون العبدلي . ط : دار الشروق . جدة .

١٣٢- مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية إسحاق بن إبراهيم بن هاني النيسابوري . تحقيق : زهير الشاويش . ط : المكتب الإسلامي .

١٣٣- المستدرك على الصحيحين . للإمام الحافظ أبي عبد الله الحاكم النيسابوري . وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي . ن : دار الكتاب العربي . بيروت – لبنان.

١٣٤- مسند أبي داود الطيالسي . ن : دار الكتاب اللبناني . دار التوفيق .

١٣٥- مسند أبي عوانة . للإمام الجليل أبي عوانة يعقوب بن إسحاق الإسفراني رضي الله عنه . ط : دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت - لبنان .
١٣٦- مسند أبي يعلى الموصلي . تأليف : الإمام الحافظ أحمد بن علي بن المثنى التميمي. حققه وخرج أحاديثه : حسين سليم أسد . ط : دار المأمون للتراث . دمشق .
١٣٧- مسند أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه . خرجه الإمام الحافظ أبو بكر محمد بن محمد بن سليمان الباغندي . خرج أحاديثه وعلق عليه محمد عوامة . ط : مؤسسة علوم القرآن . دمشق - بيروت .
١٣٨- مسند الشهاب . تأليف : القاضي أبي عبد الله محمد بن سلامة القضاعي . حققه وخرج أحاديثه : حمدي عبد المجيد السلفي . ط : مؤسسة الرسالة .
١٣٩- المسند . للإمام أحمد بن محمد بن حنبل . شرحه وصنع فهارسه أحمد محمد شاكر . ط : دار المعارف بمصر .
١٤٠- المسند للإمام أحمد بن حنبل . وبهامشه : منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال . للمتقي الهندي . ط : المكتب الإسلامي .
١٤١- المسند للإمام الحافظ عبد الله بن الزبير الحميدي . تحقيق : حبيب الرحمٰن الأعظمي . ط : عالم الكتب .
١٤٢- مشكاة المصابيح . تأليف : محمد بن عبد الله الخطيب التبريزي . تحقيق : محمد ناصر الدين الألباني . ط : المكتب الإسلامي .
١٤٣- مشكل الآثار . تأليف : أبي جعفر الطحاوي أحمد بن محمد بن سلامة ابن سلمة الأزدي المصري الحنفي . ط : مؤسسة قرطبة السلفية .
١٤٤- المصاحف . تأليف : أبي بكر عبد الله بن أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني . ط : دار الكتب العلمية . بيروت - لبنان .
١٤٥- مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه . تأليف : الحافظ شهاب الدين أحمد بن أبي بكر الكناني البوصيري . دراسة وتقديم : كمال يوسف الحوت . ط : مؤسسة الكتب الثقافية .

١٤٦- المصباح المنير . معجم عربي - عربي . تأليف : العلامة أحمد بن محمد ابن علي الفيومي بالمقرىء. ط : مكتبة لبنان .
١٤٧- المصنف في الأحاديث والآثار . تأليف : الحافظ أبي بكر بن أبي شيبة . ط : الدار السلفية .
١٤٨- المصنف للحافظ الكبير أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني . ومعه كتاب الجامع للإمام معمر بن راشد الأزدي رواية الإمام عبد الرزاق الصنعاني . تحقيق : حبيب الرحمٰن الأعظمي . ط : المكتب الإسلامي .
١٤٩- المعجم الأوسط للحافظ الطبراني . تحقيق الدكتور : محمود الطحان . ط : مكتبة المعارف - الرياض .
١٥٠- المعجم الكبير . للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني . حققه وخرج أحاديثه : حمدي عبد المجيد السلفي .
١٥١- معرفة علوم الحديث . تصنيف : الإمام الحاكم أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحافظ النيسابوري . ن : دار الآفاق الجديدة . بيروت .
١٥٢- المعرفة والتاريخ . تأليف : أبي يوسف يعقوب بن سفيان البسوي رواية عبد الله بن جعفر بن درستويه النحوي . تحقيق الدكتور : أكرم ضياء العمري . ط : مؤسسة الرسالة .
١٥٣- المنار المنيف في الصحيح والضعيف . لابن قيم الجوزي . حققه وخرج نصوصه وعلق عليه : عبد الفتاح أبو غدة . ن : مكتب المطبوعات الإسلامية.
١٥٤- المنتخب . للحافظ عبد بن حميد . تحقيق وتعليق أبي عبد الله مصطفىٰ ابن العدوي شلباية . ط : دار الأرقم . الكويت .
١٥٥- المنتقى من السنن المسنده عن رسول الله ﷺ . للإمام ابن الجارود . ط : دار القلم - بيروت .
١٥٦- منحة المعبود في ترتيب مسند الطيالسي أبي داود مذيلاً . بالتعليق المحمود على منحة المعبود . لأحمد عبد الرحمن البنا . ن : المكتبة الإسلامية . بيروت.
١٥٧- موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان . للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي . تحقيق ونشر : محمد عبد الرزاق حمزة . ط : دار الكتب

العلمية . بيروت – لبنان .

١٥٨- المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة . بقلم محمد علي الصابوني . ط : عالم الكتب .

١٥٩- موضح أوهام الجمع والتفريق . للإمام أبي بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي . ط : مؤسسة الكتب الثقافية .

١٦٠- الموطأ . لإمام الأئمة وعالم المدينة مالك بن أنس رضي الله عنه . صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه : محمد فؤاد عبد الباقي . ط : دار إحياء التراث العربي .

١٦١- موطأ الإمام مالك . أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي . رواية محمد ابن الحسن الشيباني . تعليق وتحقيق : عبد الوهاب عبد اللطيف . ط : دار القلم بيروت – لبنان .

١٦٢- ميزان الاعتدال في نقد الرجال . تأليف أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي . تحقيق : على محمد البجاوي . ط : دار المعرفة . بيروت – لبنان .

– ن –

١٦٣- نصب الراية لأحاديث الهداية . للإمام الحافظ جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي . مع حاشيته « بغية الألمعي في تخريج الزيلعي » . ط : دار المأمون – القاهرة .

١٦٤- نظم المتناثر من الحديث المتواتر . تأليف أبي الفيض جعفر الحسني الإدريسي الشهير بالكتاني . ط : دار الكتب العلمية . بيروت – لبنان .

١٦٥- نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب . تأليف : الشيخ أحمد بن محمد المقري التلمساني . تحقيق الدكتور : إحسان عباس . ط : دار صادر . بيروت.

١٦٦- النهاية في غريب الحديث والأثر . لابن الأثير . تحقيق : طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي . ط : دار الفكر .

- و -

١٦٧- الوافي بالوفيات . للصفدي . صلاح الدين ، خليل ابن آيبك . عناية جماعة من المحققين . سلسلة النشرات الإسلامية / ٦ . بيروت . المعهد الألماني للأبحاث الشرقية . الطبعة الأولى .

□ الفهرس □

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

سيخرج للمحقِّق إن شاء الله (وابل الغمام على شفاء الأوام) (لمحمد ابن علي بن محمد بن عبد الله بن الحسن بن زباد الشوكاني) على ثلاث مخطوطات ؛ منها مخطوطة بخط المؤلِّف ، بالإضافة إلى مخطوطة لشفاء الأوام للتمييز بين الحلال والحرام للقاضي حسين .

بشرى لطلاب العلم

سيخرج للمحقِّق (فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير) عن مخطوطة بخط المؤلِّف ، وكذلك كتاب (أدب الطلب ومنتهى الأرب) لنفس المؤلِّف .